

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Троицкая Александра Алексеевна

**Сравнительный метод в науке конституционного права
и решениях органов конституционного контроля**

12.00.02 – Конституционное право; конституционный судебный процесс;
муниципальное право

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени

доктора юридических наук

Научный консультант:
доктор юридических наук,
доцент Богданова Н.А.

Москва – 2020

Оглавление	
Введение	4
Глава 1. Место сравнительного метода в методологии конституционно-правового исследования	30
§ 1. Понятие и концепция многоуровневой методологии науки конституционного права	30
1.1. Парадигмы научного познания	31
1.2. Содержательная характеристика методологии конституционного права и проблема мировоззренческого компонента	36
1.3. Понятие и система методов конституционного права (методический компонент)	42
§ 2. Сравнение: значение и трансформация в частнонаучный сравнительный метод конституционного права	60
2.1. Уточнение терминов	60
2.2. Сравнение как общенаучный прием познания	63
2.3. Особенности и порядок использования сравнительного метода в конституционном праве	70
Глава 2. Фундаментальные подходы к применению сравнительного метода в науке конституционного права	101
§ 1. Сравнительный метод в контексте путей познания конституционного права	102
1.1. Догматический подход	103
1.2. Функциональный подход	116
1.3. Культурологический подход	135
1.4. Перспективы синтеза	152
§ 2. Сравнительный метод между презумпциями сходства и различий в конституционном праве	189

Глава 3. Цели использования сравнительного метода в конституционно-правовых исследованиях	216
§ 1. Информационные / классификационные цели	218
§ 2. Построение теоретических конституционно-правовых моделей	236
§ 3. Решение практических задач совершенствования национального конституционного порядка	253
§ 4. Конвергенция конституционного права	277
Глава 4. Конфигурация сравнительных исследований в науке конституционного права	295
§ 1. Постановка вопроса	296
§ 2. Выбор объектов сравнения	304
§ 3. Определение критерия сравнения	332
§ 4. Описание, объяснение и оценка результатов сравнения	347
4.1. Анализ ситуаций	349
4.2. Статистические исследования	368
Глава 5. Сравнительный метод в решениях органов конституционного контроля	383
§ 1. Общие предпосылки и практика использования органами конституционного контроля сравнительного метода	387
§ 2. Цели и правила обращения органов конституционного контроля к зарубежному опыту	406
§ 3. Использование Конституционным Судом Российской Федерации зарубежного опыта	421
Заключение	435
Список правовых источников и литературы	443

Введение

Актуальность темы исследования. В задачи любой науки входит не только получение знания о той части действительности, которая составляет ее предмет, но и систематизация представлений о ее собственном развитии, внимание к применяемым ею способам познания, контроль соответствия получаемых результатов определенным критериям научности: «все возрастающий объем научных знаний повышает требования к точности, строгости, логической последовательности научного мышления, а это с необходимостью предполагает изучение самого познавательного процесса»¹. В полной мере это относится к науке конституционного права и использованию в ней сравнительного метода, который, несмотря на растущую популярность, оставляет много вопросов относительно правил его применения. При этом специфика предмета и объектов познания данной научной дисциплины свидетельствует о недостаточности для нее общих положений сравнительного правоведения и предопределяет необходимость дополнительного развития методологии сравнительных исследований в конституционном праве.

Сравнительный метод как метод познания политико-правовой действительности, направленный на выявление общих и частных закономерностей развития различных систем, известен со времен античности. Использование сравнения в конституционном праве некоторые авторы прослеживают от аристотелевской «Политики»; со времен этого труда в западной интеллектуальной традиции (и не только в ней) всегда присутствовали работы, задействовавшие сравнительный метод и посвященные фундаментальным принципам организации государства и правового положения

¹ Керимов Д.А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. М., 2011. С. 7-8.

личности, то есть по сути проблемам, которые сейчас можно было бы назвать конституционно-правовыми².

Распространению конституционно-правовых сравнительных исследований способствовало появление писаных конституций различных поколений, не только отражавших определенный уровень развития общественного и государственного строя, но и до некоторой степени заимствовавших друг у друга отдельные положения. То же самое можно сказать и о развитии феномена конституционного контроля³, который, с одной стороны, оказался способен показать перспективы «миграции» конституционно-правовых институтов (включая вариативность итоговых результатов), а с другой – существенно видоизменил круг объектов, принимаемых во внимание при сравнении⁴, дополнив «черную букву» нормативных положений судебными решениями, ставшими одним из ключевых источников информации о подлинном содержании конституционно-правовых норм и их значении в деле регулирования отношений в различных политических сообществах. Больше того, в настоящее время именно органы конституционного контроля выступают как одни из ключевых проводников «диалога» между различными правовыми системами, способствуя дальнейшему перемещению конституционных идей и соответствующим социальным изменениям. В этом смысле суды становятся основными побудителями развития сравнительного права (подобно тому, как законодатели играли эту роль сотню лет назад)⁵; их деятельность в этом направлении требует осмысления в науке конституционного права.

К этому необходимо добавить наднациональный уровень сотрудничества по вопросам, входящим в предмет регулирования конституционного права; этот

² См.: Dixon R., Ginsburg T. Introduction // Comparative Constitutional Law / Ed. by R.Dixon, T. Ginsburg. Cheltenham, Northampton, 2011. P.1.

³ См.: Tushnet M. Comparative Constitutional Law // Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford University Press, 2008. P. 1226-1228.

⁴ См.: Jackson V.C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement // Harvard Law Review. Vol. 119. 2005. P.111-112.

⁵ См.: Markesinis B., Fedtke J. Judicial Recourse to Foreign Law. New York, Routledge, 2006. P. xvi.

уровень также предполагает обращение к сравнительному методу. Интеграционные процессы разной степени интенсивности и успешности актуализируют исследования, выявляющие соотношение универсальных стандартов и специфических характеристик конституционной идентичности различных государств.

Такое положение вещей влечет за собой устойчивое внимание к компаративистике как российских, так и зарубежных исследователей конституционного права⁶. Новые монографии, периодические издания, регулярно проводимые конференции, учебные курсы свидетельствуют об интересе к этой области знания многочисленных продуктивно работающих ученых. Методологический инструментарий диссертаций, защищаемых по конституционно-правовой специальности, в большом количестве случаев включает сравнительный (сравнительно-правовой) метод.

Одновременно ощущается вполне отчетливый дефицит внимания к методологии сравнительных исследований в науке конституционного права. Тот факт, что «моменты сравнения постоянно пронизывают собой все наше обыденное мышление»⁷, не проясняет, а, скорее, затрудняет полноценное включение сравнительного метода в познавательный процесс и установление правил применения сравнительного метода в целях научного познания, направленных на раскрытие его эвристического потенциала. Больше того, как отмечается в литературе, все, что считалось более или менее установленным в этой сфере, вплоть до самой возможности значимых для правоведения сравнений, было подвергнуто критике в последние десятилетия⁸.

Можно с полным основанием отметить постоянство, с которым в литературе звучат сетования на недостаточность разработки собственно

⁶ Fontana D. The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era // *Yale Journal of International Law*. Vol. 36. 2011. No. 1. P. 5.

⁷ См.: Масленников М.М. Методологическое значение сравнения в научном познании. Воронеж, 1968. С. 4.

⁸ См.: *van Hoecke M. Methodology of Comparative Legal Research // Law and Method*. 2015 (<https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001>).

методологических аспектов обращения к сравнению⁹, доходящую до «кризиса идентичности» сравнительного права¹⁰. Один из авторов¹¹ использует даже следующую метафору: сравнительное право, ребенок XIX века, достигло юности в XX веке; все это время оно давало компаративистам свободу выбора и возможность обсуждения целей, значения, правил и рисков их деятельности (дополним от себя, что компаративисты, занятые проблемами конституционного права, вдобавок обычно концентрируются на своем круге тем для обсуждения, за некоторыми исключениями редко сверяясь с результатами общетеоретической дискуссии); однако теперь пришла пора для зрелости и более фундаментальных, систематизированных представлений о сравнительном методе. Для науки конституционного права это означает необходимость более детальной разработки методологии компаративного блока, определяющего, наряду с иными методологическими блоками, построение ее системы¹².

Хотя представление о том, что сравнительный метод должен применяться в соответствии с теми целями и задачами, которые определяет для себя конкретный исследователь, является распространенным, можно констатировать его недостаточность для понимания правил корректного использования в науке конституционного права такого инструмента познания как сравнительный метод. Существуют различные подходы к познанию конституционно-правовой материи на основе сравнительного метода, в разной степени позволяющие достигать определенных целей и минимизировать риски случайных, а то и манипулятивных утверждений, делаемых якобы на основе сравнения, и представления о «сравнительном конституционном праве» должны строиться с учетом преимуществ и недостатков соответствующих подходов. Этот аспект

⁹ См.: Siems M. Comparative Law. Cambridge, 2014. P. XVII.

¹⁰ См.: Glendon M.-A., Carroza P.G., Picker C.B. Comparative Legal Traditions in a Nutshell. West Academic Publishing, 2008. P. 3.

¹¹ См.: Örüçü E. Developing Comparative Law // Comparative Law / Ed. by E. Örüçü, D. Nelken. Hart Publishing, 2007. P.43.

¹² См.: Богданова Н.А. Система науки конституционного права. М., 2001. С. 85.

представляется тем более существенным, что в Российской Федерации принятие решений органов государственной власти в ряде случаев происходит со ссылками на зарубежную практику, что требует внимательного отношения к сравнениям, позволяющим использовать эту практику в национальной отрасли конституционного права. Соответственно, в науке конституционного права необходимо последовательно и полно развернуть концепцию применения сравнительного метода, раскрывающую взаимосвязи между целеполаганием, выбором подхода к познанию конституционного права различных государств, и конкретными шагами по определению конфигурации сравнительного конституционно-правового исследования и использованию его результатов.

Учитывая существующий, возможно, неизбежный, разрыв между некоторым «идеальным сравнительным конституционным правом» и реальными сравнительными исследованиями, поставим себе задачу определения правил, способствующих такому применению сравнительного метода, которое будет направлено на приращение знания в науке конституционного права и принятие взвешенных и обоснованных с позиции теории конституционного права властных решений в случае заимствования органами государственной власти зарубежного опыта.

По утверждению, прозвучавшему в литературе, «само собой понятно, что разработка сравнительного метода на макроуровне [сопоставление различных национальных законодательных систем] осуществляется общей теорией права и государства (в частности, философией права), а на микроуровнях [сопоставление различных правовых норм, институтов] – соответствующими отраслями юридической науки. При этом сравнительные методы микроуровней основываются на макроуровне, его конкретизируют, развивают и трансформируют применительно к особенностям исследуемых объектов»¹³. Поэтому в настоящем исследовании вопрос о применении сравнительного метода в науке конституционного права и практике органов конституционного

¹³ Керимов Д.А. Указ. соч. С. 301.

контроля будет введен в контекст обсуждения общих методологических вопросов философии познания и сравнительного правоведения, но только в той мере, в какой это требуется для совершенствования исследовательского инструментария конституционно-правовой науки и с фокусом на ее предметную область.

Степень научной разработанности темы исследования. История отечественной науки показывает, что конституционно-правовая компаративистика уже длительное время представляет собой самостоятельное направление науки конституционного права. Убедиться в обоснованности такого утверждения можно, обратившись к трудам отечественных ученых, которые занимались исследованием конституционного (государственного) права зарубежных стран. Имеются в виду как произведения авторов дореволюционного периода, например, Ю. Гачека, В.М. Гессена, А.Д. Градовского, Б.А. Кистяковского, М.М. Ковалевского, Ф.Ф. Кокошкина, Н.М. Коркунова, М.И. Свешникова, В.И. Сергеевича, Б.Н. Чичерина, так и работы, созданные на советском и постсоветском этапах развития науки конституционного (государственного права) М.В. Баглаем, Г.В. Барабашевым, В.А. Власихиным, Л.Д. Воеводиным, Р.В. Енгибаряном, Д.Л. Златопольским, И.П. Ильинским, Д.А. Ковачевым, М.А. Крутоголовом, Б.С. Крыловым, Н.Я. Куприцем, И.Д. Левиным, Ю.И. Лейбо, В.В. Маклаковым, А.Х. Махненко, А.А. Мишиным, Б.А. Страшуну, Б.Н. Топорниным, В.А. Тумановым, В.Е. Чиркиным, Л.М. Энтиным, Ю.А. Юдиным и др. Не менее убедительные доводы в пользу применения сравнительного метода при изучении конституционного права дают и работы авторов, активный период научной деятельности которых пришелся уже на конец XX - начало XXI века: Е.Б. Абросимовой, А.С. Автономова, И.А. Алебастровой, Г.Н. Андреевой, К.В. Арановского, А.М. Арбузкина, Т.А. Васильевой, А.В. Должикова, И.А. Кененовой, А.И. Ковлера, М.А. Краснова, В.И. Лафитского, С.В. Масленниковой, А.Н. Медушевского, А.Г. Румянцева, М.Ф. Чудакова и др. Многие зарубежные специалисты в

области конституционного права также плодотворно работают в компаративистском ключе. Это Р. Арнольд, Т. Гинзбург, А. Нуссбергер, Я. Рознай, Е. Танчев, Р. Уитц, К. Хендли, С. Холмс, А. Шайо, К.Л. Шеппели и др.¹⁴

Вместе с тем, далеко не все из приведенных авторов, разрабатывая те или иные содержательные проблемы сравнительного конституционного права, специально заостряются на правилах применения сравнительного метода в своих исследованиях; некоторые из них, если и останавливаются на этом вопросе, то ограничиваются уточнением методологии для целей своей работы.

Существует целый ряд работ, посвященных истории, философии и методологии юридической науки. Среди авторов таких работ назовем И.Ю. Алексеева, Ю.А. Денисова, Т.И. Еремину, В.Н. Жукова, Д.А. Керимова, В.В. Лазарева, Н.И. Матузова, М.Н. Марченко, В.М. Сырых, Е.А. Фролову, А.Э. Чернокова, И.Л. Честнова. Тем не менее, хотя эти работы посвящены фундаментальным гносеологическим проблемам правоведения, в том числе затрагивают вопросы, связанные с выбором базовых подходов к познанию права, собственно сравнительному методу в них отводится чаще всего не так много места.

Отдельно следует выделить научное направление, связанное с проблематикой сравнительного правоведения. Это направление сосредоточено в основном на «правовой географии» и макросравнении на уровне правовых систем в целом, соответственно, здесь можно заметить внимание к общетеоретическим проблемам компаративистской методологии. К числу отечественных и зарубежных авторов трудов в этой области относятся Х. Бехруз, Х.К. Гаттеридж, М.-Э. Глендон, Р. Давид, М.А. Дамирли, А.В. Егоров,

¹⁴ Заметными, хотя и не единственными показателями востребованности и успешности сравнительного метода в зарубежной науке конституционного права являются фундаментальные сборники, объединяющие труды по ключевым конституционно-правовым темам, представленные авторами со всего мира. См.: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* / Ed. by M.Rosenfeld, A.Sajo. Oxford, 2012; *Comparative Constitutional Law* / Ed. by R.Dixon, T. Ginsburg. Cheltenham, Northampton, 2011.

М.В. Захарова, В. Каррин, П.Г. Карроза, А.В. Кресин, П. де Круз, П. Легран, М.Н. Марченко, Д. Нелькен, В.В. Оксамытный, К.Б. Пикер, А.Х. Саидов, А.Ю. Саломатин, М. Симс, В.А. Слыщенко, А.Д. Тихомиров, Ю.А. Тихомиров, М. ван Хёке, У. Эвальд и др. В отдельную группу выделим англоязычные публикации в сфере сравнительного права, но посвященные именно методу сравнения: *The Method and Culture of Comparative Law* / Ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015; *Methods of Comparative Law* / Ed. by G. Monateri. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2012; *The Oxford Handbook of Comparative Law* / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006; Samuel G. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014. Кроме того, имеются работы авторов (таких как Х. Кётц, К. Цвайгерт), рассматривающие особенности применения сравнительного метода в частном праве. Публикации всех указанных авторов представляют собой впечатляющий вклад в развитие представлений о правовой эпистемологии и методологии. Вместе с тем, специфика сравнения конституционно-правовых институтов остается обычно за рамками соответствующих исследований, либо упоминается вскользь.

Что же касается разработки правил применения сравнительного метода именно в науке конституционного права, то здесь можно назвать некоторых отечественных (В.И. Крусс, В.И. Лафитский, Ю.А. Тихомиров, В.Е. Чиркин и другие) и зарубежных (А. Бланкенагель, В. Джексон, П. Лейланд, Ч. Сондерс, М. Ташнет, Г. Франкенберг, Э. Хардинг, Р. Хиршль и другие) авторов, представивших в своих работах отдельные методологические проблемы. Специально следует указать на авторов, продуктивно исследующих проблемы использования зарубежного опыта органами конституционного контроля (Б.-О. Брайде, Р.Диксон, Т. Гроппи, Б. Маркесинис, М.-К. Понторо, Й. Федтке, из российских авторов – И.А. Алебастрова, С.А. Белов, Т.М. Храмова и другие).

Несмотря на то, что в работах названных авторов основательно раскрываются отдельные важные вопросы (в частности, пределы сравнения в конституционном праве и междисциплинарность соответствующих исследований, соотношение функционального и экспрессивистского подходов к сравнению, сходство и различие между сравниваемыми институтами, направления развития сравнительных исследований, их цели, критическая школа сравнения, выбор объектов для сравнения), целостного представления о правилах применения сравнительного метода в конституционном праве в рамках современной парадигмы познания в них не сформировано. Тот факт, что многие эпистемологические и методологические вопросы применения сравнительного метода в науке конституционного права остаются пока без ответа, сохраняет неопределенность целей и порядка его использования в конкретных содержательных изысканиях, в том числе тех, которые стоят за практическими решениями властных структур, направленными на заимствование зарубежных конституционно-правовых доктрин, институтов, практик. Настоящее диссертационное исследование призвано восполнить указанный пробел.

Цели и задачи исследования. Целью исследования является разработка методологической основы использования сравнительного метода в науке конституционного права в рамках постнеклассической парадигмы познания и определение особенностей практического применения этой основы в деятельности органов конституционного контроля.

Для достижения указанной цели необходимо выполнить следующие задачи:

- сформировать представление о многоуровневой концепции методологии науки конституционного права, для чего провести содержательный анализ современной парадигмы познания, уточнить роль мировоззренческого компонента и систематизировать методический компонент методологии;

- определить суть и место в системе методов общенаучного приема сравнения и показать особенности применения сравнительного метода как частнонаучного метода в конституционном праве;

- изучить фундаментальные подходы к применению сравнительного метода и с учетом их преимуществ и спорных сторон обосновать оптимальную «схему познания» конституционно-правовых институтов в сравнительном ключе;

- соотнести значение элементов универсализма и диверсификации как содержательного результата, полученного по итогам применения сравнительного метода, и одновременно – как способа контроля корректности его применения в конституционном праве;

- систематизировать ключевые цели, которые могут быть достигнуты в науке конституционного права с помощью сравнительного метода, акцентировав смыслы и положительные эффекты обращения к сравнительному методу для развития национального конституционного порядка;

- установить круг источников компаративного блока системы науки конституционного права, выступающих в качестве объекта познания при применении в конституционном праве сравнительного метода;

- предложить варианты полной конфигурации конституционно-правового исследования с использованием сравнительного метода, включая критический анализ всех стадий использования последнего;

- соотнести методологические основы сравнительного конституционно-правового исследования с практикой российских органов государственной власти, использующих в своей деятельности ссылки на зарубежный конституционно-правовой опыт.

- выявить ключевые факторы, влияющие на обращение органов конституционного контроля к сравнительному методу в своих решениях, определить цели такого обращения;

- сформулировать требования к корректному применению сравнительного метода органами конституционного контроля и проанализировать соответствующую практику Конституционного Суда РФ в свете представленных требований.

Предмет диссертационного исследования. Им выступает концепция применения в конституционном праве сравнительного метода, рассматриваемого как неотъемлемая часть методологии соответствующей научной дисциплины, необходимая для достижения целей научного познания. Основное внимание в работе уделяется правилам целенаправленного использования сравнительного метода, обеспечивающим приращение достоверного научного знания о природе, содержании, обосновании и особенностях функционирования конституционно-правовых институтов различных правовых порядков.

Объект диссертационного исследования составляет методология, адаптируемая в работе к задачам науки конституционного права: доктринальные представления о системе программ и средств познания, подходах к использованию сравнительного метода, целеполагании и конфигурациях исследования с применением сравнительного метода; конституционно-правовые и международные нормы; решения Европейского Суда по правам человека и органов конституционного контроля.

Методологическая основа исследования. Работа строится на основе применения различных научных методов, средств познания всех уровней.

Диалектический метод позволил проследить смену парадигм познания, эволюцию представлений о философских его основах и развитие существовавших в науке фундаментальных подходов к изучению права, породивших различные взаимодополняющие «схемы познания» конституционно-правовой действительности с помощью сравнительного метода. В то же время усложненная по сравнению с диалектической синергетическая философская основа является фундаментом изложенных в

работе представлений о конституционных порядках как открытых для информационного обмена саморазвивающихся системах.

Принимая во внимание поставленные в настоящем исследовании цели и задачи, ключевую роль в нем играют аналитический метод и метод синтеза, направленные, соответственно, на выявление основных этапов применения сравнительного метода и построение общей схемы применения сравнительного метода в конкретных конституционно-правовых исследованиях.

Прием описания использован для критического разбора существующих в конституционно-правовой науке работ, демонстрирующих преимущества и проблематичные стороны различных конфигураций сравнительно-правовых исследований.

В тех частях исследования, которые сфокусированы на примерах изучения конституционно-правовых институтов в компаративистском ключе, были применены также формально-юридический и сравнительный методы.

Теоретическую основу диссертационного исследования составили труды отечественных и зарубежных авторов: монографии, статьи, учебные издания, посвященные проблемам развития юридической компаративистики и применения сравнительного метода в конституционном праве. Частью теоретической основы стали также сравнительные конституционно-правовые труды. Кроме того, в исследовании были использованы научные работы по философии познания, истории права, социологии права, сравнительной политологии, экономическому анализу права.

Нормативная база исследования включает в себя Конституцию и законодательство Российской Федерации, конституции ряда зарубежных государств, международно-правовые акты универсального и регионального характера.

Эмпирической основой исследования выступили решения по конкретным делам, рассмотренным органами конституционного контроля России и зарубежных государств, а также Европейским Судом по правам человека.

Научная новизна диссертации. В данной работе впервые представлено последовательное обоснование смыслов и правил применения сравнительного метода для решения познавательных задач в науке конституционного права. В диссертации представлены методологические правила, способствующие такому построению научной работы, которая позволит конституционалистам получать значимые с содержательной точки зрения выводы как результат применения сравнительного метода с учетом особенностей предмета и задач данной научной дисциплины.

Научной новизной обладает последовательно проводимая в диссертации идея о необходимости целостного восприятия методологии науки конституционного права, означающего, во-первых, включение сравнительного метода в более широкий контекст концепции многоуровневой методологии научного познания конституционно-правовой материи и, во-вторых, взаимообусловленность стадий применения самого сравнительного метода.

В работе отстаиваются плюралистические начала методологии науки конституционного права, утверждающие вариативность смыслов обращения к сравнительному методу и демонстрирующие его соотношение с иными методами познания. Такая позиция нацелена на преодоление отставания конституционно-правовой науки от смежных научных дисциплин в вопросах достижения различных целей применения сравнительного метода, в том числе построения не только дескриптивных и прескриптивных теорий, но и теорий, выявляющих причинно-следственные связи между конституционно-правовыми институтами и иными явлениями общественной жизни (каузальных теорий).

В данном диссертационном исследовании положения сравнительного правоведения учтены для целей развития компаративистских исследований в области конституционного права при одновременном фокусе на потребности данной науки, определяемые спецификой конституционно-правовой отрасли и решаемыми ею практическими задачами. Результаты работы, выявляющие методологические правила использования сравнительного метода, поставлены

в контекст прагматического их применения органами конституционного контроля, которые, с одной стороны, выступают в качестве принимающих властные решения субъектов конституционно-правовых отношений, а с другой – участвуют в формировании конституционной доктрины и, тем самым, в развитии науки конституционного права.

Новизна исследования проявляется также в том, что утверждаемый в нем ориентир на постнеклассическую парадигму познания и соответствующую роль субъекта познания коррелирует с таким представлением о сравнительном методе, которое должно способствовать осознанному его применению в целях приращения научного знания.

Научная новизна диссертационного исследования состоит также в **положениях, выносимых на защиту.**

1. Значимость вклада конституционно-правовых исследований с использованием сравнительного метода в развитие конституционного права как отрасли национального права и как науки определяется тем, что данный метод позволяет выходить за пределы описания, идеализации и консервации единичных конституционно-правовых систем, воспринимать существующую в мире картину конституционно-правовой действительности в свете сочетания в ней динамики общего и особенного, сохранять понимание того, насколько разнообразны модели функционирования конституционно-правовых институтов, выявлять и учитывать тенденции развития отношений между личностью, коллективами, обществом и государством и конституционно-правового регулирования этих отношений. Разработка упорядоченных правил применения сравнительного метода в науке конституционного права создает основы методологической определенности получения компаративного знания в системе этой науки, отражающего процесс и результаты осмысления конституционно-правовой теории с учетом практики ее реализации в различных государствах.

2. Компаративный блок системы науки конституционного права характеризуется не только самостоятельным результатом, но и особым соотношением применяемых методов познания, складывающимся благодаря выдвижению сравнительного метода на первый план. Вместе с тем в процессе применения в науке конституционного права сравнительный метод остается органической частью целостной системы научных методов, элементы которой должны рассматриваться не изолированно, а в системном единстве. Организация методов в сложную и разноуровневую систему означает, что обращение к частнонаучному сравнительному методу в конституционном праве происходит с учетом требований, определяемых на более общих уровнях, – вплоть до философской основы методологии науки и возможности вовлечения не только диалектического и метафизического, но также синергетического, феноменологического и герменевтического методов, обеспечивающих всесторонность познания конституционно-правовой материи. Всеобщие и общенаучные методы присутствуют как предопределяющая основа в частнонаучном сравнительном методе конституционного права и проявляют себя при его использовании.

3. Несмотря на центральное положение исследователя в процессе познания политико-правовой действительности и включение в сравнительное конституционно-правовое исследование ценностных установок познающего субъекта, для получения научно обоснованных результатов (обладающих наибольшим потенциалом практического воздействия на конституционно-правовую реальность) необходимо привнесение в такое исследование объективирующих и дисциплинирующих элементов, обеспечивающих рациональность, системность и достоверность получаемого знания. В науке конституционного права это достигается применением специального порядка исследования, который позволяет исследователю и практику отслеживать соответствие всех этапов использования сравнительного метода поставленной цели и самостоятельно адекватно учитывать субъективное начало в процессе

сравнительного изучения различных конституционно-правовых институтов и формулирования на этой основе предложений по совершенствованию национальной или международной правовых систем.

4. Порядок проведения сравнительных исследований в науке конституционного права связан со спецификой отрасли, в том числе с особыми характеристиками конституций как ключевых источников права различных государств, предопределяющей востребованность путей познания, включающих контекстуализацию конституционно-правовых феноменов. Из-за более тесных (по сравнению с другими отраслями права) связей отрасли конституционного права с политической средой, историческими и иными обстоятельствами жизни общества применение сравнительного метода в конституционно-правовых исследованиях требует не только оценки норм с точки зрения их пригодности для решения конкретных социальных задач, но и установления дополнительных причинно-следственных связей между действующими в конкретном государстве конституционно-правовыми нормами и иными явлениями окружающей действительности, не сводящихся лишь к инструментальному предназначению норм, но отражающих и экспрессивистские начала конституционного права.

5. В зависимости от задачи конкретного сравнительного исследования акцент в нем может быть смещен на один из базовых подходов – догматический, функциональный, культурологический – к проведению сравнения, но лишь их взвешенное сочетание позволяет наиболее полно использовать преимущества каждого из них для понимания общих и особенных черт правового положения личности и организации публичной власти в различных государствах. Специальный характер задач конституционно-правовой науки, развитие которой возможно за счет объяснения, а не только описания и установления функционального предназначения правовых явлений, определяет особую роль культурологического подхода. Применение культурологического подхода в аналитическом ключе означает, что задачи

выявления причинно-следственных связей между институтами конституционного права и культурным (в широком понимании слова) контекстом его существования, с одной стороны, и потребность в сохранении правовых явлений в центре исследования, с другой, определяют вовлечение в него лишь конкретных, определяемых поставленными задачами элементов контекста.

6. Характер задач, решаемых наукой конституционного права, приводит к тому, что использование в ней сравнительного метода предполагает расширение круга изучаемых объектов за счёт включения тех, которые традиционно относятся к другим научным дисциплинам. Перечень смежных дисциплин, объекты которых вовлекаются в сравнительное конституционно-правовое исследование, является не закрытым и наряду с историей права, социологией права, политической, экономической и психологической науками может включать и другие дисциплины. Междисциплинарность в изучении конституционно-правовых институтов означает не только выстраивание связей между правовыми и иными явлениями социальной действительности, но также использование методологического инструментария иных дисциплин (метод концептуального анализа, типологическая дифференциация, экономический анализ права, анализ групп интересов, интервьюирование, выделение анамнестических данных и др.).

7. Представленные в теории сравнительного права альтернативные предположения относительно существования универсальных принципов права либо принципиальной уникальности каждой правовой системы требуют критического переосмысления применительно к задачам конституционно-правовой науки. Высокий риск подмены целей сравнительного конституционно-правового исследования идеями политической философии, а объективных выводов - предзаданными идеологическими установками определяет необходимость такого порядка применения сравнительного метода в науке конституционного права, в рамках которого обеспечивается как

сопоставимость изучаемых объектов, так и отражение реального многообразия конституционно-правовых форм. Применение сравнительного метода в конституционно-правовой науке требует, с одной стороны, отказа от искусственно моделируемой (в том числе за счет сужения круга изучаемых объектов) презумпции сходства принципов и целей всех конституционных порядков, а с другой – строгого отбора переменных, связанных со спецификой и необходимых для понимания сути изучаемых принципов конституционного строя, основ функциональной и территориальной организации власти, прав и обязанностей человека и гражданина и т.д., с тем чтобы не допустить потери их сравнимости вследствие «утопания» в различиях контекста их существования.

8. Сообразно задачам науки конституционного права и особенностям конституционно-правовых феноменов применение сравнительного метода в рамках данной научной дисциплины включает совокупность следующих исследовательских операций: определение общей цели сравнительного конституционно-правового исследования; уточнение цели в детализированном вопросе, ответ на который призвано дать исследование, или сформулированной гипотезе о связи явлений культурной среды и конституционно-правовых доктрин, норм и практик, которая должна быть проверена в исследовании; установление сравниваемых объектов (обоснование географии исследования и круга конституционно-правовых и иных явлений социальной среды для выбранных по сходству или по контрасту стран), выборка которых релевантна, репрезентативна и не ограничивается исходя из соответствия ожидаемому результату исследования; выбор критерия сравнения; собственно сопоставление объектов с выделением как сходств, так и различий; объяснение выявленных сходств и различий - при исследованиях каузального типа; оценка предпочтительности тех или иных вариантов конструирования конституционно-правовых институтов или отдельных норм - при исследованиях прескриптивного типа.

Сравнительный метод в конституционном праве не сводим к отдельной операции сравнения, а охватывает своими правилами широкий мыслительный процесс, строящийся итеративно, – из-за того влияния, которое конституционное право испытывает со стороны иных сфер жизни общества, сравнительное конституционно-правовое исследование предполагает постоянный анализ получаемых результатов, корректировку и стабилизацию задач, связанных с изучением динамического развития статусов субъектов конституционно-правовых отношений в конкретных политико-правовых и социально-экономических условиях.

9. Специфика отрасли конституционного права сказывается на характере целей, которые могут быть достигнуты в ходе исследования конституционно-правовых институтов с помощью сравнительного метода. К таким целям относится получение дополнительной информации о конституционно-правовых институтах и практиках, построение их классификации, создание дескриптивных, прескриптивных и каузальных теоретических моделей конституционно-правовых институтов, решение практических задач совершенствования национального конституционного порядка, конвергенция конституционного права. Сравнительный метод позволяет сочетать решение теоретических и практических задач, сохраняя возможности сверять национальный конституционный порядок с вариативным содержательным наполнением принципов конституционного права, представленном как на доктринальном уровне, так и на уровне нормативного воплощения и правоприменительной практики в различных странах. Правила применения сравнительного метода в конституционном праве, ориентированные на критическое восприятие юридико-политических способов решения социальных задач в разных государствах, открывают возможности совершенствования отечественной конституционной системы на фундаментальной теоретической основе.

Конституционно-правовые исследования могут быть направлены на достижение нескольких взаимосвязанных целей из числа перечисленных; при этом существует корреляция между базовыми подходами к использованию сравнительного метода (догматическим, функциональным, культурологическим) и теми целями, которые могут быть достигнуты.

10. Для целей описания, объяснения и оценки выявленных сходств и различий конституционно-правовых идей, институтов и практик востребованы сравнительные исследования двух основных принципиально отличающихся конфигураций – построенных на основе качественного анализа отдельных случаев (*small-N, case-study*) либо на поиске статистически значимых корреляций между переменными, количественно описывающими конституционно-правовые и связанные с ними иные общественные явления (*large-N, cross-study*). Каждая из двух конфигураций имеет свои преимущества и ограничения (риски) при использовании. Качественное (в отличие от количественного) исследование, основанное на всестороннем содержательном анализе конституционно-правового явления, его причин и следствий, при всем внимании к целостной картине функционирования и объяснения конституционно-правовых институтов, рассматриваемых в определенном контексте, сталкивается с проблемами, когда речь заходит о распространении выводов на иные страны. В свою очередь, количественные исследования, ориентированные на получение знания относительно корреляций между явлениями, верного для широкого круга государств, несут с собой проблемы упрощения картины конституционно-правовой действительности и сложности оценки точности полученных результатов. Это означает, что вместо обычной практики изолированного проведения исследований различной конфигурации появляется необходимость их взаимного дополнения для целей применения сравнительного метода в конституционном праве.

11. Возможности практического применения основ разработанной методологии в деятельности органов конституционного контроля (которые

выступают одновременно как субъекты принятия властных решений и создания конституционной доктрины и используют сравнительный метод при рассмотрении конкретных дел) обеспечиваются проведенной в диссертации концептуализацией предпосылок, целей, пределов и рисков активно развивающейся практики обращения этих органов к сравнительному методу. Анализ судебной практики различных государств показывает, что степень интенсивности участия конкретного суда в «межсудейском диалоге» не случайна и определяется сочетанием факторов, к которым относятся формулы норм конституций, в ряде случаев допускающих обращение к зарубежному опыту; распространенность проблемы, требующей решения; воспринятая судом (универсалистская или плюралистическая) теория интерпретации конституции; устоявшееся отношение судебного корпуса к допустимости использования формально не обязательных, но имеющих силу убедительности источников, а также к возражениям против цитирования иностранных правовых решений, к числу которых относятся указания на нелегитимность, неограниченное расширение свободы судебного усмотрения, невозможность обеспечить релевантное сравнение. Возможность и пределы обращения органов конституционного контроля к иностранным практикам не являются самоочевидными; в дополнение к методологическим проблемам познания конституционно-правовой материи применение сравнительного метода в рамках защиты национальной конституции реактуализирует постановку вопросов о глобальном конституционализме и сохранении национальной конституционной идентичности и тем самым способствует занятию органами конституционного контроля политической позиции по этим вопросам.

12. Аргументы в пользу использования судами иностранного опыта, аргументы против него, а также выявляемые эмпирически конкретные содержательные и (или) стратегические цели обращения суда к сравнениям в позитивном или негативном ключе ставят вопрос относительно качества сопутствующего такому обращению научного анализа. При признании

возможности использования для целей рассмотрения конкретного дела неполной выборки иностранных правовых решений сохраняется требование пояснения смыслов обращения к ним и их пользы для интерпретации национальной конституции. Заимствование решения требует прозрачности в вопросе о том, в чем его преимущество по сравнению с альтернативными вариантами и насколько оно может быть перенесено в иную среду без потерь для своих ключевых преимуществ. Отказ следовать распространенным в мире образцам решения конфликта также должен быть не только постулирован, но и объяснен, не только со ссылкой на некие культурные особенности, но и с указанием, как именно эти особенности обосновывают сдвиг правовых подходов. Соответствующие требования направлены на минимизацию рисков манипулирования сравнительными аргументами при принятии решений органами конституционного контроля.

13. Суммой всех приведенных в работе методологических соображений является итоговая общая теоретическая концепция применения сравнительного метода в науке конституционного права. Учитывая необходимость одновременного и сбалансированного применения предложенных в диссертации подходов к сравнительному конституционно-правовому исследованию, данная концепция открывает путь к достижению всех обозначенных в настоящей работе целей применения сравнительного метода. Использование сравнительного метода включает три этапа – постановку задачи, сравнение и фиксирование результатов. Постановка задачи и выбранный в соответствии с нею ключевой подход (или подходы) к сравнению формируют запрос на выбор объектов сравнения. На основе анализа каждого из сравниваемых конституционных порядков выявляются частные причинно-следственные связи между конституционно-правовыми и иными явлениями, характерные для этого порядка. Результатом сравнения становятся общие причинно-следственные связи, относящиеся ко всей совокупности изученных конституционных порядков. Завершение сравнения, однако, не завершает

применения сравнительного метода, поскольку для решения поставленных задач, связанных с переносом выявленных логических связей на неизученные конституционные порядки, требуется анализ того, насколько использованная на этапе сравнения выборка является репрезентативной для целей данного исследования. Даже при ограниченной исходной выборке такой анализ позволяет внести поправку в результаты сравнения и привести на этом третьем этапе применения сравнительного метода к его итоговым результатам – обобщению полученных связей и закономерностей развития конституционно-правовых явлений на другие, неисследованные, ситуации.

Предлагаемая концепция выявляет основной посыл использования сравнительного метода в конституционном праве – освоение конституционно-правовых идей, институтов и практик во всем их реальном многообразии. На основе этой конструкции происходит описание, объяснение и оценка конституционно-правовых форм, функционирующих в различных условиях и не сводимых к единому образцу, тем самым способствуя также решению задачи расширения географии исследований за счет стран с правовыми, политическими и социальными характеристиками, отличающимися от характеристик привычно вовлекаемых в сравнение стран западного мира. В представленном понимании сравнительный метод выступает в качестве ключевого метода формирования системного знания о предмете науки конституционного права.

Теоретическая и практическая значимость диссертационного исследования. Данное диссертационное исследование направлено на разработку теоретико-методологических вопросов системы науки конституционного права. С теоретической точки зрения работа служит продвижению методологической составляющей гносеологии конституционного права, развитию компаративистских конституционно-правовых исследований. В прикладной части работы раскрыт порядок использования сравнительного метода в конституционно-правовых исследованиях различной целевой направленности.

Поскольку порядок использования сравнительного метода в теории конституционного права ранее практически не разрабатывался, предлагаемый труд направлен на восполнение имеющегося пробела в науке. Представленные в диссертации положения методологического характера могут быть положены в основу дальнейшей теоретической и практикоориентированной разработки конституционно-правовых проблем в компаративистском русле.

С учетом того, что диссертационное исследование углубляет научные представления о целях и порядке использования сравнительного метода в конституционном праве, в том числе в связи с задачами совершенствования отечественного правового порядка, его выводы могут быть использованы в деятельности органов публичной власти, как правотворческих, так и правоприменительных. Поскольку отдельная глава исследования посвящена применению сравнительного метода органами конституционного контроля, соответствующие положения могут представлять интерес для Конституционного Суда Российской Федерации.

Содержащиеся в работе выводы и материалы могут быть использованы в процессе преподавания различных учебных курсов, в первую очередь – общей части конституционного права, сравнительного конституционного права, конституционного права зарубежных стран, а также и конституционного права Российской Федерации, современный этап развития которого демонстрирует востребованность его критического анализа, в том числе на основе сопоставления с существующими в мире теоретическими и практическими конструкциями конституционно-правовых институтов. Вместе с тем, соображения методологической направленности могут быть востребованы в рамках освоения любых конституционно-правовых дисциплин.

Личный вклад автора. Выносимые на защиту результаты получены лично автором; вклад автора в результаты, опубликованные в совместных работах, является определяющим.

Достоверность результатов исследования обеспечена обоснованностью методологии исследования – проведением исследования на теоретическом и практическом уровнях и методами, адекватными предмету, цели и задачам исследования. Достоверность исследования определяется также всесторонним анализом информации об исследуемых объектах и возможностью верификации полученных выводов относительно порядка использования сравнительного метода на различных объектах науки конституционного права. Кроме того, достоверность результатов подтверждается их апробацией.

Апробация результатов исследования. Основные положения и выводы, содержащиеся в диссертации, изложены автором в научных работах, в том числе статьях, опубликованных в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности.

Автором были сделаны доклады по теме диссертации на международных, всероссийских и региональных научных конгрессах, конференциях и круглых столах (в том числе на IV Ежегодной конференции правоведов Центральной и Восточной Европы (CEENELS) «Legal Innovativeness in Central and Eastern Europe», 14-15 2019 года, Москва; региональной конференции «Проблемы методологии юридических исследований», 14 июня 2018 года, Санкт-Петербург; X Всемирном конгрессе по конституционному праву «Violent Conflicts, Peace-Building and Constitutional Law», 18-22 июня 2018 года, Сеул; VIII Международном конгрессе сравнительного правоведения «Сравнительное правоведение в поисках конституционного идеала», 7-8 декабря 2018 года, Москва; XXIII Международном круглом столе по конституционному правосудию «Juge constitutionnel et interpretation des normes», 8-9 сентября 2017 года, Экс-ан-Прованс; XVIII Международном конгрессе по европейскому и сравнительному конституционному праву «Constitutional Justice and Politics», 14-15 октября 2016 года, Регенсбург; XI Международной научно-практической

конференции «Кутафинские чтения» Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 22-24 ноября 2016 года, Москва и др.).

Автором составлена учебная программа по курсу «Сравнительное конституционное право: вопросы теории, практика конституционного правосудия», которая утверждена кафедрой конституционного права и используется в учебном процессе (спецкурс для магистров). Кроме того, ключевые идеи диссертационного исследования применяются автором в процессе преподавания учебных курсов «Конституционное право. Общая часть», «Конституционное право зарубежных стран», «Человеческий организм и соматические права личности».

Диссертация подготовлена и обсуждена на кафедре конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Структура работы. Цели и задачи диссертационного исследования определяют структуру работы и последовательность изложения материала. Диссертация состоит из введения, пяти глав, объединяющих пятнадцать параграфов, и заключения, а также списка использованных правовых и литературных источников.

Глава 1. Место сравнительного метода в методологии конституционно-правового исследования

Наука конституционного права, как и другие науки, должна уделять внимание вопросам методологии, что обусловлено стремлением к получению надежного знания. Предмет науки показывает, что она исследует, методы – каким образом это происходит¹⁵. Методология науки конституционного права – «это учение о путях познания предмета этой науки, способах решения стоящих перед ней задач»¹⁶.

Фундаментальные представления об основах познания закладываются в рамках философии. В вопросах методологии конституционное право опирается на специальные разделы философии, связанные с научным познанием¹⁷. Далее мы обратимся к философским представлениям об особенностях современного этапа развития науки в той мере, в какой это необходимо для понимания методологических задач, стоящих перед наукой конституционного права.

§ 1. Понятие и концепция многоуровневой методологии науки конституционного права

Термин «методология» понимается обычно двояко: как *система методов* данной науки, либо как *учение о них*¹⁸. Акцент на втором, гносеологическом

¹⁵ См.: Сергеевич В.И. Задача и метода государственных наук. М., 2011. С. 1.

¹⁶ Богданова Н.А. Система науки конституционного права. М., 2001. С. 34.

¹⁷ Для обозначения соответствующего раздела в литературе обычно используется один из двух терминов – гносеология или эпистемология. Иногда их используют в качестве синонимов (при том что гносеология связывается, скорее, с немецкой терминологией, а эпистемология - с англо-американской), иногда гносеология понимается как более широкая категория (теория познания в целом, а эпистемология связывается именно с научным познанием), иногда употребление терминов ставит разные акценты на соотношении субъекта, объекта и итогового знания (причем гносеология ставит акцент на изучении системы «познающий субъект - познаваемый объект», а в рамках эпистемологии акцент делается на структуре самого знания). См.: Нарыков Н.В., Агафонова М.Ю., Лебедев А.Г., Тилинина Т.В. Гносеология и эпистемология. Краснодар, 2005. С. 9, 11-12; Вечтомов Е.М. Философия математики. Киров, 2013. С. 14.

¹⁸ Можно встретить работы, в которых соседствуют оба представления. См., напр.: Карева А.В. История и методология юридической науки. Рязань, 2015. С. 249 (методология как система методов); с. 250 (методология как учение о методах); Матузов Н.И. О методологической ситуации в российском правоведении // Современные методы исследования в правоведении / Под ред. Н.И.Матузова, А.В. Малько. Саратов, 2007. С. 12 (методология – совокупность познавательного инструментария, а также

значении методологии представляется оправданным; в противном случае легко упустить, что выбор конкретных методов исследования требует обоснования и контролируемого применения. Методология направлена не просто на систематизацию способов, но также на внутреннюю организацию и регулирование процесса познания¹⁹. В сущности, второй подход по отношению к первому может быть обозначен не как альтернативный, а как более широкий, подразумевающий не просто линейку средств познания, но также и знание о том, как ею пользоваться.

Методология науки связывается с парадигмой познания. В рамках конкретных парадигм создавались определенные наборы принципов, подходов и приемов познания, частично воспринимаемые, частично отклоняемые последующими парадигмами. Представим общие идеи смены парадигм в объеме, не претендующем на полноту отражения всех связанных с этим процессом проблем, но служащим целям обоснования методологии науки конституционного права²⁰.

1.1. Парадигмы научного познания.

С точки зрения общей характеристики процесса познания в науке обоснованно отмечается, что взаимодействие мира объективного и мира субъективного, в принципе существующих в параллельных плоскостях, обеспечивается только «теми реальностями, которые одновременно соприкасаются с идеальным и материальным, с субъектом и объектом»²¹. Познание, будучи одной из таких реальностей, означает обретение субъектом

учение о нем). Подчеркнутое значение методологии как учения о методах научного познания см.: Честнов И.Л. История и методология юридической науки. М., 2018. С. 93.

¹⁹ См.: Дмитриев Ю.Б. Пятая концептуальная научная революция: фундаментально-междисциплинарная научная рациональность, междисциплинарная наука познания, новая философия и наука наук. М., 2017. С. 60.

²⁰ О взаимосвязи парадигм и методологии познания см.: Троицкая А.А. Предмет, объект и методология науки конституционного права // Теория и методология юридической науки: в 2 ч. / отв. ред. М. Н. Марченко. Часть вторая: История, социология и отраслевые юридические дисциплины. М., 2019.

²¹ См.: Хорошильцев А.И. Методология познания власти: проблемы теории государства и права. Курск, 2008. С. 59.

знаний об объекте, помещение информационных «слепков» объективной реальности в сознании человека как сфере идеального²². Представления о взаимодействии в процессе познания субъекта и объекта (направленном на постижение предмета познания) менялись в рамках различных научных парадигм.

Понятие парадигмы как совокупности символических обобщений, образцов решения конкретных задач, метафизических частей и ценностей, принятых научным сообществом и обеспечивающих существование научной традиции, было разработано американским философом Т.Куном²³. «Под парадигмами я подразумеваю признанные всеми научные достижения, которые в течение определенного времени дают научному сообществу модель постановки проблем и их решений»²⁴. В отечественной литературе также сформулирован запрос на выявление оснований науки, определяющих целостность системы знаний на каждом этапе ее исторического развития; в качестве компонентов оснований науки было предложено выделять научную картину мира, идеалы и нормы научного познания и философские основания науки²⁵.

В литературе иногда упоминают натурфилософскую картину мира, характеризующуюся целостным восприятием мира, вытекающим из постулата предзаданной гармонии (и юснатурализмом в правопонимании), а также теологическую, опирающуюся на представления о целостности мира, но уже

²² Там же.

²³ См.: Современная западная философия. Словарь. М., 1991. С. 227.

²⁴ Кун Т. Структура научных революций. М., 1975. В таком понимании термин «парадигма» может быть соотнесен с категорией «эпистема» М. Фуко (исторически конкретная дискурсивная практика, позволяющая представить систему мышления: эпистема обуславливает формы эмпирического познания, задает условия формирования рассуждений об объектах знания, снабжает наблюдателя определенными теоретическими возможностями) и категорией «научно-исследовательская программа» И.Лакатоса (связанная последовательность теорий, обусловленных единством нормативных правил). См.: История и методология юридической науки. СПб., 2014. С. 269. О соотношении категорий см. также: Розов Н.С. Философия и теория истории. М., 2002; Фуко М. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук. СПб., 1994; Лакатос И. Фальсификация и методология научно-исследовательских программ. М., 1995. С. 79-88.

²⁵ См.: Степин В.С. Философия и методология науки. М., 2015. С. 268-270.

как результата божественного творения²⁶ (с божественным объяснением природы политики, власти и права). Однако чаще выделяют более поздние исторические типы рациональности, возникавшие в результате научных революций: классический, неклассический, постнеклассический²⁷; применительно к юридической науке можно встретить также указания на парадигмы классических исследований, модерна и постмодерна в праве²⁸.

Классический тип связан с атомарным образом мироздания и изучением различных систем (физических, биологических, социальных) с механистических позиций. Идеалом классической науки служило принципиальное достижение объективного знания, для получения которого требовалось описание и объяснение только характеристик **объекта**. Акцентируя внимание на объекте, классический тип научной рациональности стремился элиминировать все, что относится к субъекту, средствам и операциям его деятельности, - это рассматривалось как необходимое условие получения объективно-истинного знания²⁹. К теории выдвигалось требование подкрепленности опытом; важное условие истинности теории – ее соответствие наблюдаемой действительности. Исследователь в этой схеме выступает как **объективированный субъект**, в том смысле, что он остается дистанцирован от познаваемых объектов и способен полно отразить их в своем сознании при условии правильно построенного процесса познания.

Применительно к праву в литературе примечательным образом подчеркивается принципиальная теоретическая идентичность нормативистской и естественно-правовой школ как различных трактовок «рационального права», механически детерминированного либо господствующим правопорядком, либо системой вечных социальных идеалов; две теории противоречат друг другу

²⁶ См.: История и методология юридической науки. СПб., 2014. С. 269.

²⁷ Далее характеристики более подробное раскрываются с опорой на работу: Степин В.С. Указ. соч. С. 507-516.

²⁸ См.: Лазарев В.В., Липень С.В. История и методология юридической науки. М., 2016. С. 263-302.

²⁹ См.: Дмитриев Ю.Б. Пятая концептуальная научная революция: фундаментально-междисциплинарная научная рациональность, междисциплинарная наука познания, новая философия и наука наук. М., 2017. С. 57.

онтологически, расходясь на уровне трактовки источника права, но методологически выступают как две детерминистские метасистемы, претендующие на всеобъемлющее объяснение права³⁰.

Неклассический тип рациональности сконцентрирован на сложных самоорганизующихся системах, где целое не исчерпывается свойствами частей, а имеет дополнительные качества и в свою очередь влияет на свойства частей. Причинность не сводится к жесткому детерминизму, а допускает линии вероятности. На месте идеала единственно истинной теории возникает идея о возможности множественных описаний и объяснений одних и тех же объектов, в том числе в зависимости от того, какие именно методы для этого используются. В сфере внимания науки – **субъективированный объект**, в том смысле, что субъект встроен в процесс познания и влияет на результаты познания объекта не менее, чем собственно объект, хотя в основном с позиций используемых им средств познания³¹; социальные цели и ценности пока не включаются в состав предмета научной рефлексии³².

Эффект наблюдателя, ставший известным в рамках неклассической парадигмы познания, указывает на изменение наблюдаемой системы в результате собственно наблюдения³³. Понимание этого эффекта актуализировало задачу познания реально существующих систем; осознание вводимых исследованием искажений не снимает, а, напротив, заостряет проблему выбора методологии исследования, которая позволяла бы получать

³⁰ См.: Современные методы исследования в правоведении / Под ред. А.В. Малькова, Н.А. Матузова Саратов, 2007. С. 32-33.

³¹ «Включение спецификации условий наблюдения в описание явлений – не произвольное решение, а необходимость, диктуемая самими законами протекания явлений и механизмом их наблюдения, что делает эти условия неотъемлемой частью объективного описания явления». См.: George S., Prigogine I., Rosenfeld L. The Macroscopic Level of Quantum Mechanics // Det Kongelige Danske Videnskabernes Selskab Matematisk-fysisk Meddelelser. 1972. Vol. 38.No. 12. P. 39. Цит. по: Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса. М., 2014. С. 9.

³² См.: Дмитриев Ю.Б. Указ. соч. С. 57.

³³ «Мы должны помнить, что то, что мы наблюдаем,— это не сама природа, а природа, которая выступает в том виде, в каком она выявляется благодаря нашему способу постановки вопросов». См.: Гейзенберг В. Физика и философия. Часть и целое. М., 1989. С. 27. В отношении социальной реальности это тем более верно, с учетом способов постановки вопросов, вовлекающих ценностные соображения.

искомое знание об объекте, существовавшем до искажения. Для права как объекта познания, серьезным образом зависящим от целеполагания познающего субъекта, проблема выбора методов исследования приобрела особую значимость.

Если в рамках классических исследований выдвигались соображения, с принципиальных позиций познания не делающие различия между объектами изучения в естественных и социальных науках («социальная механика» О.Конта), то на неклассическом этапе возникает вопрос относительно того, могут ли социальные науки производить знание столь же общее и надежное, что и естественные науки, формулирующие законы объективного характера. Этот вопрос возник в связи с тем, что социальные науки имеют объектами изучения не природные явления, а общество и человека в его социальной ипостаси, и кроме того, затрагивают вопросы не только сущего, но и должного, выстраиваемого с позиций определенного социального идеала³⁴. В этих условиях риск подмены критериев достоверности получаемого знания набором мнений обнаруживал себя вполне явно. Это должно было стимулировать разработку методологии социальных исследований столь же строгой, что разработана для естественных наук, но при этом учитывающей специфику социальных явлений, к каковым относится и конституционное право³⁵.

Постнеклассическая рациональность связана с выделением саморазвивающихся систем, для которых характерен переход от одного вида саморегуляции к другому. Причинность связывается с перспективами таких переходов. Познающий субъект и ценностно-целевые структуры включаются в изучаемую систему (объект), влияя на ее развитие в определенном

³⁴ Как писал А.С. Алексеев, «юридические институты не висят между небом и землей, а выросли на реальной почве житейских отношений; они не развились бессознательно и самобытно подобно тому, как вырастает лес и складывается организм человека, т.е. по неизменным законам природы; - юридические институты созданы сознательно деятельностью людей, хотя и созданы ими ради удовлетворения потребностей, вложенных в них природой». См.: Алексеев А.С. К учению о юридической природе государства и государственной власти. М., 1895. С. 7.

³⁵ См.: Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. М., 1916. С. 26-28. См. также: Фролова Е.А. Проблемы теории и философии права. М., 2015. С. 19-20.

направлении. Эти представления в полной мере были восприняты юридической наукой. «Постнеклассическая наука синтезирует классический принцип объективированного субъекта и неклассический принцип субъективированного объекта, и формулирует принцип взаимопроникновения, взаимообусловленности, **взаимозависимости субъекта (человека) и объекта научного исследования** (“человекоразмерной системы”))»³⁶. Такое понимание системы (в которой субъект не только познает, но и реорганизует изучаемый объект) самым существенным образом затронуло вопросы методологии, актуализировав задачи уточнения всеобщих методов познания, развитие междисциплинарных подходов и замену идеала ценностно-нейтрального исследования на идеал включения аксиологических факторов в теоретические построения³⁷.

Наш тезис заключается в том, что поскольку современная наука конституционного права развивается в русле постнеклассической парадигмы, соответствующие тенденции в понимании соотношения объекта и субъекта познания должны быть учтены при выстраивании методологии науки, в том числе при определении значения ценностного компонента в отрасли конституционного права и мировоззренческого компонента в методологии науки конституционного права.

1.2. Содержательная характеристика методологии конституционного права и проблема мировоззренческого компонента

С точки зрения определения конкретных путей и способов познания вопрос о методологии науки конституционного права представляет собой обширное поле для дискуссий. С некоторой долей условности здесь можно обозначить два подхода, в основе своей следующих базовому различию в понимании методологии в философии науки, приведенному выше, - как

³⁶ Яркова Е.Н. История и методология юридической науки. Тюмень, 2012. С. 86.

³⁷ См.: Степин В.С. Теоретическое знание. М., 2003. С. 631.

системы методов или как учения о методах познания. Кроме того, похоже, что в этой точке проявляет себя специфика подходов, заявленных в рамках науки конституционного права и отличающихся от представлений, развиваемых теорией государства и права.

В рамках общетеоретических представлений ученые обычно ограничиваются тем, что указывают на **систему методов** как путей получения, построения и применения знаний, отражающих специфику предмета данной науки. Методы при этом группируются по различным уровням познания с выделением всеобщего метода, общенаучных и частнонаучных методов³⁸. В сущности, в рамках этого подхода речь идет, скорее, о методическом компоненте – системе методов и правилах их применения.

В рамках же рассмотрения системы науки конституционного права в содержание методологии соответствующей науки включаются не только «объяснение применения всеобщих, общенаучных и частных методов познания», но дополнительно - «теоретическое обоснование направлений и целей познания, процесса создания нового знания, предопределенности результатов научных изысканий рядом объективных и субъективных факторов», а также **мировоззренческие ориентиры** для исследователя, в том числе философская основа (миропонимание ученого, определяемое материализмом или идеализмом), и социально-политическая направленность его взглядов³⁹.

³⁸ Эта схема не единственная. Например, В.М. Сырых выделяет всеобщий философский метод, общие методы, специальные методы правовой науки (приемы, разработанные изначально представителями иных наук – статистический, математический, психологический и т.д.) и частные методы правовой науки (методы толкования права, сравнительный правовой и др). См.: Сырых В.М. История и методология юридической науки. М., 2012. С. 88. В.В. Оксамытный указывает на общенаучные, специальные (исторические, социологические, математические) и собственные методы юридической науки. См.: Оксамытный В.В. Юридическая компаративистика. М., 2015. С. 5-6.

³⁹ См.: Богданова Н.А. Система науки конституционного права. С. 34, 36-37. Категория мировоззрения в диссертации понимается в привычном ее значении - как система взглядов на мир и место в нем человека, на отношение человека к окружающей действительности и самому себе, а также обусловленные этими взглядами основные жизненные позиции людей, их убеждения, идеалы, принципы познания и деятельности, ценностные ориентации. В таком понимании мировоззрение включает в себя не только интеллектуальное, но и эмоционально-ценностное отношение человека к миру. См.: Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 375.

Поскольку настоящая работа посвящена именно науке конституционного права, требующей преломления общетеоретических представлений к ее предмету, рассмотрим подход, включающий мировоззренческий компонент в методологию конституционного права подробнее.

Отношение к этому подходу может быть двойственным. С одной стороны, идеологическое начало из конституционно-правовых исследований исключить невозможно. Конституционное право в принципе характеризуется наличием ценностных ориентиров. В его рамках существует целый ряд идей, доктрин, отражающих положительно оцениваемые конструкции, воплощение которых на практике связывается не столько с точечными результатами, сколько со строем всей общественной жизни. Конституционное право – это не только функционализм, это еще и экспрессивизм. Если в рамках функционализма предполагается существование конституционно-правовых задач, которые так или иначе решают все государства, и даже тексты конституций рассматриваются как функциональные документы, то экспрессивизм призван подчеркнуть значение конституций как документов, выражающих, или способствующих установлению, или трансформирующих национальную идентичность⁴⁰, закрепляющих «автохтонные» характеристики конкретного общества и государства, неотделимые от их исторических и социокультурных особенностей, - своего рода «автобиографию» конкретной системы⁴¹, добавим от себя – автобиографию, устремленную в будущее, то есть призванную транслировать определенный набор ценностей для будущих поколений. Работа с такими положениями, их интерпретация с необходимостью вовлекают соответствующие установки познающего субъекта. Широкие с содержательной точки зрения конституционно-правовые формулы (используемые как в науке, так и в конституционно-правовых текстах)

⁴⁰ См.: Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // Penn State International Law Review. Vol. 28. 2010. P. 325.

⁴¹ См.: Harding A., Leyland P. Comparative Law in Constitutional Context // Comparative Law / Ed. by E.Örüsü, D. Nelken. Oxford, 2007. P. 316.

приводят к тому, что раскрытие сути конституционно-правовых категорий и институтов и перспектив их сохранения, совершенствования или упразднения в рамках отрасли конституционного права может существенным образом различаться в зависимости от идеологических убеждений конкретного ученого. Эти убеждения могут влиять на выбор исследуемых вопросов, а также методики исследования.

Это особенно касается конституционализма как системы идей о таком развитии государства, которое было бы направлено на обеспечение свободы личности и выстраивание с этой целью системы взаимоотношений в обществе и государстве, предполагающей верховенство права, широкое участие граждан в принятии государственно-значимых решений, функционирование сдержек и противовесов. Рассмотрение подобной ценностно-нагруженной конструкции как важнейшего ориентира для проводимых конституционно-правовых исследований, в том числе компаративистских, – это уже мировоззренческий выбор. Но, собственно, категория конституционализма при всей значимости самой категории – только один из примеров, когда речь идет о значении мировоззрения для науки конституционного права. Можно согласиться с тем, что «государственное право не изолировано от мировоззрения ни в целом, ни в отдельных институтах, таких как народный суверенитет, республиканская государственность, парламентаризм, избирательное право и права человека, самоуправление, так же как и монархия, советская власть, апартеид, панчаят или правление “добродетельного мужа” по-дальневосточному»⁴². В процессы изучения соответствующих институтов также будут вовлечены мировоззренческие установки.

С другой стороны, не исключено, что убеждения и ценностные установки являются не частью путей познания как таковых, а, скорее, результатом познания. Картина осложняется тем, что они могут быть результатом не только научного, но и иных видов познания (обыденного, учебного, религиозного и

⁴² Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003. С. 42.

др.), и присутствовать в сознании человека как своего рода предзаданные конструкции к моменту начала научной деятельности, в значительной степени определяя и ее, и все получаемые результаты, но все же не являясь частью собственно методологии. При таком понимании мировоззрение - это предпосылка для методологической позиции отдельного ученого или научной школы (так же как и существующая на данном этапе в научном сообществе парадигма познания), но не сама позиция.

Отсюда становится понятна сохраняющаяся дискуссионность обозначенного вопроса. Существует, однако, серьезный довод в пользу подхода, рассматривающего мировоззренческий компонент в качестве части методологии (именно в широком ее значении) конституционного права.

В этом значении методология означает «изучение не только методов, но и средств, обеспечивающих исследование, к которым отнесены принципы, понятия, категории, ориентации и другие»⁴³. Постнеклассическая парадигма допускает различные варианты построения научных систем. Одни и те же наблюдаемые характеристики объектов могут быть полностью и последовательно интерпретированы и объяснены в рамках различных теорий с применением различных методов, и их выбор – это выбор исследователя, не только вооруженного знаниями и инструментарием, но и разделяющего определенную систему ценностей⁴⁴. Следуя логике, в рамках которой объект не мыслится без субъекта, тем более проблематично было бы изолировать друг от друга субъекта (с его системой знаний и убеждений) и его представления о путях научного познания⁴⁵. «Исследуя характер правовых явлений, ученые

⁴³ См.: Дмитриев Ю.Б. Указ. соч. С. 60.

⁴⁴ О переносимости из квантовой физики в область гуманитарных дисциплин идей относительно взаимосвязанности изучающего и изучаемого см.: Моисеев Н.Н. Естественнаучное знание и гуманитарное мышление // *Общественные науки и современность*. 1993. № 2. С. 63-75.

⁴⁵ С одной стороны, выбор методов определяется предметом науки, это можно рассматривать как объективный фактор. Но действует здесь и субъективный фактор – возможности и способности исследователя выработать новые или использовать по своему выбору старые методы. См.: Марченко М.Н. *Проблемы теории государства и права*. М., 2003. С. 23. О том, что собственно «знание – это всегда знание человека в отличие от информации как “обезличенной формы”» см.:

независимо от того, осознают они это или нет, используют такую методологию, которая определяется их мировоззрением, характером образования, практическим опытом, иногда определенным положением»⁴⁶.

Соответственно, тот факт, что мировоззрение человека формируется в результате познания, не исключает обратных взаимосвязей и того, что дальнейшее познание происходит с вовлечением мировоззренческих установок. Субъект, объект и методология, применяемая первым для изучения второго, могут рассматриваться как отдельные статичные категории только в аналитических целях. В действительности же познание – это динамический процесс, развивающийся «по спирали», где полученные субъектом знания и формируемые на их основе убеждения становятся фундаментом для постановки им дальнейших задач и выбора объектов изучения, а равно и определения путей решения этих задач, то есть методов исследования. Вопрос заключается в том, отделим ли этот «фундамент» от самого процесса (и методики) познания? Можно ли игнорировать весь интеллектуальный, эмоциональный и волевой «багаж» конкретного познающего субъекта при оценке той картины объекта, которую он создает, и тех инструментов, с помощью которых он ее создает?⁴⁷ Представляется, что поскольку мировоззрение с очевидностью влияет на выбор методов, в структуру методологии конституционного права необходимо включать учение о мировоззренческих установках, их воздействии на процесс познания и системе взаимосвязей между мировоззрением и экспликацией правовых институтов. Такое представление характеризует взаимосвязь субъекта, объекта и процесса познания, а в прагматичных целях

Микешина Л. Современная эпистемология гуманитарного знания: междисциплинарные синтезы. М., 2016. С. 245.

⁴⁶ Чиркин В.Е. Сравнительное правоведение. М., 2012. С. 19.

⁴⁷ Идея взаимосвязи философских оснований, мировоззренческой позиции и выбираемых методов справедливо подчеркивается в литературе: «В основе метода науки находятся философские системы, на которых основано мировоззренческое кредо ученого. Поэтому результаты науки в известном смысле заданы ее философскими предпосылками и основанными на них методами исследования». См.: Синюков В.Н., Синюкова Т.В. К обновлению методологии юридической науки // Современные методы исследования в правоведении. С. 28.

контролируемого получения знаний было бы полезнее не закрывать глаза на эту взаимосвязь, а учитывать ее для оценки результатов исследования (в том числе в порядке самоконтроля).

На наш взгляд, именно принципиальная неустранимость субъективного начала из конституционно-правовых исследований (в определенном смысле – и нежелательность такого устранения, потому что субъективное начало – это одновременно творческое начало в науке, способное к сохранению конституционных ценностей) предопределяет необходимость построения теоретической конструкции, определяющей понимание сути методов и правил их применения. Такая конструкция, не умаляя значения познающего субъекта, направлена на привнесение в исследования дисциплинирующих элементов, призванных контролировать рациональность, системность и достоверность получаемого знания. В настоящей работе внимание будет сфокусировано на системе правил применения сравнительного метода в науке конституционного права.

1.3. Понятие и система методов конституционного права (методический компонент)⁴⁸

Понятие метода также используется в узком и широком смыслах. В узком смысле метод может быть понят как мыслительная операция; в широком – как мыслительный процесс, направленный на определенный объект с целью получения новых знаний об объекте и, в конечном счете, - предмете исследования⁴⁹. Широкий подход представляется более обоснованным, с учетом того, что метод направлен на приращение знания, и потому должен определять правила проведения мыслительных операций, их цель и, отчасти даже результаты; по этой причине метод связывается с совокупностью

⁴⁸ При подготовке данного раздела использованы материалы статьи: Троицкая А.А. Философские основания методологии науки конституционного права // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 12. С. 3-9.

⁴⁹ См.: Бельский К.С., Зайцева Л.А. Методология и метод познания в праве (общетеоретические аспекты) // Юридическое образование и наука. 2010. № 3.

операций, производимых по определенным правилам, а не просто с отдельной операцией⁵⁰. В этом смысле показательно следующее определение: метод – органически целостная, сложная система приемов, способов, используемых для познания предмета данной науки⁵¹. Как видим, в качестве метода здесь обозначен не прием, а их система, к тому же сложная. То есть, добавим от себя, методы означают не просто приемы, а использование их определенным образом; организованность использования методов определяется целенаправленностью этой деятельности. Кроме того, именно метод познания призван подтвердить правильность приобретенных знаний⁵². Еще и по этой причине есть смысл включать в метод порядок применения приемов познания.

В литературе такой подход иногда подвергается критике; основная претензия к нему сводится к якобы имеющему место размыванию границ между методом как приемом познания и методикой как системой правил применения приема⁵³. Отметим, однако, что вопрос далеко не так однозначен. Методика обычно отнесена к уровню, более высокому, нежели один метод, а именно к системе методов; соответственно, в таком понимании методика сопряжена с правилами выбора подходящих для решения задачи методов и определением их применимости к задаче⁵⁴. Такое понимание методике не исключает того, чтобы понимать отдельно взятый метод в широком значении, включающем описание не только инструмента, но и правил его эксплуатации.

В рамках постнеклассической рациональности были актуализированы требования такой экспликации метода, «при которой единый и универсальный

⁵⁰ Пример использования такого подхода см.: Плотинский Ю.М. Теоретические и эмпирические модели социальных процессов. М., 1998. С. 15-16 (11 стадий системного анализа).

⁵¹ См.: Сырых В.М. Логические основания общей теории права. В 2-х т. Т.1. Элементный состав. М., 2001. С. 365.

⁵² См.: Карева А.В. Указ. соч. С. 254; Hage J. Comparative Law as Method and the Method of Comparative Law // The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoecke / Ed. by M.Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, 2015. P. 38-39.

⁵³ См.: Кокорин А.А. Методология научных исследований. М., 2015. С. 168, 173.

⁵⁴ При этом в некоторых источниках, напротив, методика была обозначена как промежуточный и вспомогательный по отношению к основным методам прием («павловская методика условных рефлексов»), то есть нечто производное от метода, не определяющее метод, а определяемое методом. См.: Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб., 2015. С. 39

метод превращается в гибкую, поливариантную систему, позволяющую организовать взаимодействие различных методологических уровней и подуровней»⁵⁵. Как уже отмечалось, среди методов этих уровней выделяют всеобщие, общенаучные и частнонаучные.

Всеобщие методы познания связываются обычно с **философскими** подходами, выражающими наиболее универсальные принципы мышления. Традиционно в науке выделяли, до некоторой степени противопоставляя, метафизический и диалектический всеобщие методы.

Метафизика – философское учение о сверхопытных началах какого-либо определенного типа бытия или бытия вообще; **метафизический метод** связывается с особым типом рациональной рефлексии, направленной на познание в вещах и разуме того, что недоступно чувственному опыту и системе научных абстракций⁵⁶. Особая роль в критическом осмыслении метафизики принадлежит И.Канту⁵⁷, осуществившему «переворот» от эмпирически данного объекта к познающему субъекту, сознание которого предписывает предметам их категориальное размещение, форму и законы⁵⁸. Помимо отхода от понимания субъекта как «абсолютного наблюдателя», послужившего источником вдохновения для реформаторов классической парадигмы⁵⁹, построение Кантом нового смысла метафизики было направлено на утверждение принципов мышления в рамках «чистого разума».

Диалектический метод - это философский метод познания, основанный на признании всеобщей взаимосвязи явлений и их непрерывного развития. В рамках идеалистической диалектики, представленной в учении Гегеля⁶⁰,

⁵⁵ Пржиленский В.И. Проблемы межуровневого взаимодействия в системе правовой методологии // Философия и право. М., 2017. С. 119.

⁵⁶ См.: Миронов В.В. Об актуальности метафизики // Актуальные проблемы онтологии и теории познания / Отв. ред. Миронов В.В. М., 2012. С. 36.

⁵⁷ Кант И. Критика чистого разума. М., 1994.

⁵⁸ См.: Соловьева Н.С. Философия как метафизика: И.Кант и Баденская школа неокантианства. Автореф. дисс. ... кандидата философских наук. Екатеринбург, 2010. С. 10.

⁵⁹ См.: Воронина Н.Ю. Кант как «неклассический» мыслитель // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Философия. Филология». 2006. № 1. С. 28.

⁶⁰ См.: Гегель Г.В.Ф. Философия духа. М., 2018.

прослеживаются ступни развития духа; диалектика вещей вторична по сравнению с диалектикой понятий. Диалектико-материалистический метод означает акцент на явлениях внешнего мира, исследуемых в постоянном изменении и связанности с окружающей действительностью.

В настоящее время в науке конституционного права противоречие между метафизическим и диалектическим методами ощущается не столь остро, отчасти благодаря многочисленным модификациям метафизического метода⁶¹, отчасти из-за того, что ценность диалектики как таковой никто не отрицает, и перед учеными в условиях идеологического плюрализма не стоит задача всякий раз в рамках своих исследований водружать флаг на вершины диалектического материализма (равно как и любого другого метода), утверждая его приоритет перед всеми иными философскими установками. И даже напротив, указание на оба метода можно встретить в одном и том же учебнике по конституционному праву: «С позиции метода материалистической диалектики конституционное право рассматривается через призму основных этапов развития и во взаимосвязи с другими явлениями. Забытый за годы советского периода метафизический метод позволяет оценить основные конституционно-правовые отношения, тенденции их развития с точки зрения основных законов религии, морали и духовного мира»⁶².

Примечательно, однако, что авторы некоторых современных работ по методологии не ограничиваются указанием на метафизический и диалектический методы познания. В русле одной из обозначенных выше тенденций постмодернизма к ним добавляют также феноменологический, герменевтический, синергетический методы в качестве всеобщих⁶³. Здесь мы не

⁶¹ Современная западная философия. С. 181-185.

⁶² См.: Конституционное право России / Под ред. Б.С. Эбзеева, А.С. Прудникова. М., 2013. С. 72.

⁶³ См.: История и методология юридической науки. СПб, 2014. С. 480-483; Иванников И.А. История и методология юридической науки. М., 2015. С. 109. Соответствующие предложения до некоторой степени опровергают отдельные пессимистические утверждения относительно произошедшего в 90-е годы разрушения выработанной годами четкой методологии, основанной на признании диалектики универсальным методом познания, и отсутствия иной полноценной основы научных исследований.

имеем целью утверждать, что сложилось единое представление об этих методах именно как о всеобщих, то есть применимых ко всем процессам познания во всех областях науки⁶⁴, но промежуточное их положение между научной парадигмой и отдельными приемами познания⁶⁵ позволяет выделить их философскую составляющую и требует показать их суть и значение для конституционного права.

Синергетика чаще всего представляется как междисциплинарное направление научных исследований, имеющее целью познание закономерностей и принципов, лежащих в основе процессов самоорганизации в различных сложных системах, включая социальные⁶⁶. Самоорганизация включает при этом два типа сложности: саморегуляцию (при взаимодействии со средой) и саморазвитие самой системы. Теоретическое описание качественного усложнения системы, ранее рассматриваемого как «скачок», в рамках синергетики требует анализа стадий динамического хаоса, который рассматривается как столь же закономерное состояние системы, что и порядок⁶⁷. Сценарии перехода от хаоса к порядку описываются в терминах нелинейной динамики. Синергетика стремится выявить главный фактор, оказывающий влияние на процесс движения системы к порядку; однако его действие в значительной степени непредсказуемо. Сочетание факторов приводит к появлению точек, в которых возникает выбор вариантов дальнейшего развития (точки бифуркации) и элементам случайности

См.: Захарцев С.И., Сальников В.П. Философия. Философия права. Юридическая наука. М., 2015. С. 97.

⁶⁴ В частности, в некоторых работах феноменология, герменевтика и синергетика права (наряду с антропологией права) обозначены как типы правопонимания. См.: Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002. С. 109 -170. Иногда они указываются в качестве парадигм, причем в контексте именно социально-гуманитарного познания. См.: Яркова Е.Н. Указ. соч. Такое расхождение в терминологии не может не усложнять рассмотрение методологических вопросов.

⁶⁵ См.: Ветютнев Ю.Ю. Синергетика и правоведение // Современные методы исследования в правоведении. С. 300-302.

⁶⁶ См.: Аршинов В.И. Синергетика // Новая философская энциклопедия / Под рук. В.С. Степина, Г.Ю. Семигина. Т. 3. М., 2010. С. 545-546. Термин «научное направление» подразумевает и определенные задачи, и методы их решения.

⁶⁷ См.: Степин В.С. Философия и методология науки. С. 516-518.

(флуктуациям) в развитии системы. Состояние динамического равновесия, к которому стремится система, находящаяся в точке бифуркации, называется аттрактором⁶⁸. Набор потенциальных возможностей развития не позволяет полностью контролировать систему, приводя ее в заранее определенное состояние⁶⁹; хотя существует ограниченное количество сценариев перехода, какой именно будет реализован - сказать со стопроцентной уверенностью нельзя⁷⁰.

Естественно, уже неоднократно было замечено, что синергетические методы, направленные на выявление закономерностей процессов самоорганизации в открытых, нестабильных, развивающихся системах, применимы к познанию социальных систем, к числу которых принадлежат и отрасли права. Конечно, здесь нельзя обойтись без оговорок, показывающих, в частности, что придание синергетике статуса всеобщего метода (наряду с диалектикой⁷¹) было бы преждевременным, а ее применение в правоведении вызывает вопросы. Во-первых, существуют различные школы синергетики, а многие ее идеи еще не приведены в систему. Во-вторых, изначально синергетика излагалась на языке математики, а выход ее в гуманитарную сферу в ряде случаев по объективным причинам приводит к неточному и попросту искаженному толкованию. В-третьих, объектом, служащим точкой приложения методологии синергетики в принципе служат только сложные системы, выходящие за рамки линейных процессов⁷².

Тем не менее, один из продуктивных подходов заключается в том, что синергетика рассматривается как некоторое усложнение диалектики, а не противоречие или замена ей. По сути, «синергетика в своей общефилософской части является более высокой формой диалектики... Диалектика с появлением

⁶⁸ См.: Ветютнев Ю.Ю. Указ. соч. С. 295.

⁶⁹ См.: Пригожин И. Философия нестабильности // Вопросы философии. 1991. № 6.

⁷⁰ См.: Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. С. 165.

⁷¹ См.: Лазарев В.В., Липень С.В. Указ. соч. С. 272; Венгеров А.Б. Теория государства и права. М., 1998. С. 22.

⁷² См.: Тузов В.В. Методы синергетики // Библиосфера. 2009. № 4. С. 8-9.

синергетики приобретает новую, более совершенную форму»⁷³. Поэтому при должной осмотрительности можно указать и на пользу синергетики для науки конституционного права, в том числе компаративного ее блока. Прежде всего, речь идет о методологической пользе подхода, в рамках которого развитие системы оценивается с учетом влияния внутренних и внешних факторов. В нашем случае речь идет о возможностях изучения конституционного права с точки зрения как логики взаимосвязей его норм и институтов⁷⁴, так и направлений взаимного влияния конституционного права и внешней по отношению к нему социальной среды (о связанных с этим междисциплинарных подходах к изучению конституционного права см. далее). В качестве примера можно привести процесс становления институтов конституционного контроля, обусловленных как свойством высшей юридической силы конституции, так и имевшими место в истории практиками нарушения этого свойства, качественно усложняющих систему организации власти и оказывающих обратное воздействие на ранее сложившиеся уровни системы (три ветви государственной власти и в некоторых случаях даже учредительную власть⁷⁵). Далее, синергетические методы выглядят подходящими для изучения особенностей конституционно-правовых систем в транзитарные эпохи, связанные с реформированием конституционного порядка. Нестабильное положение правовой системы в момент перехода к новым качественным характеристикам и в то же время наличие у нее внутреннего потенциала самообновления актуализирует поиск теорий самоорганизации, применимых к таким

⁷³ Марахов В.Г. *Философия*. СПб., 2014. С 58.

⁷⁴ Как справедливо отмечается в литературе, сами по себе нормы и принципы права не производят и не изменяют себя. Тут нужно учитывать динамическую составляющую правотворчества и правоприменения, означающую деятельность определенных субъектов. См.: Ветютнев Ю.Ю. Указ. соч. С. 302. Это акцентирует проблему вовлеченности субъекта в развитие сложной системы, каковым является здесь объект познания, в духе постнеклассической парадигмы.

⁷⁵ См., напр.: *Краснов М.* Могут ли поправлять Конституцию решения о ее толковании? // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 1; *Якобсон Г. Дж.* Неконституционная конституция? Сравнительный обзор // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 4.

системам⁷⁶. Особое значение подходы, основанные на синергетике, приобретают в контексте сравнительного метода, что связано со спецификой учёта открытости (незамкнутости) отдельной изучаемой системы в синергетике: каждая правовая система существует и развивается среди других, сохраняя потенциал культурно-правового обмена с ними. Наконец, анализ становления конституционно-правовых институтов и задачи их совершенствования в обычных условиях требует внимания к «узловым точкам» развития и оценки перспектив достижения программируемых результатов, что может быть особенно заметно при попытках определить решающий фактор развития системы или заимствовать иностранные положения по итогам сравнения; соответствующие попытки требуют понимания, в зоне действия каких аттракторов находится правовая система.

Для иллюстрации приведем пример точки бифуркации, возникающей для органа конституционного контроля государства в ситуации расхождения его практики и практики наднационального судебного органа, юрисдикция которого признана государством. Из этой точки выбор может быть сделан в пользу линии соблюдения принятых международно-правовых обязательств, а может – в пользу установления тех или иных дополнительных механизмов проверки конституционности этих обязательств, с возможностью признания их невыполнимости. Элементы случайного усматриваются в принятии решения конкретными людьми (вдобавок сравнительно немногочисленными), руководствующимися нормами, допускающими различное толкование. Тем не менее, выход из точки бифуркации завязан на определенные сценарии, «притягиваемые» конкретными аттракторами (определенным образом понятая система соблюдения обязательств или система защиты конституции). Как видим, идеи, лежащие в основе синергетики, едва ли могут стать единственным

⁷⁶ См.: Сорокин В.В. Концепция эволюционного преобразования правовых систем в переходный период. Барнаул, 2002. С. 306-316.

способом определить подходы к конституционно-правовым проблемам, но способны дать свой вклад в понимание соответствующих процессов.

Феноменология – одно из основных направлений западной философии, ставящее проблемы достоверности знания при сохранении уникальности познающей личности. Феноменологический призыв Э. Гуссерля «Назад к самим вещам!» предполагает обращение к феноменам сознания, определяющим смысл вещей, и углубление пределов нашего непосредственного опыта⁷⁷. Основная идея феноменологии – неразрывность, и в то же время взаимная несводимость сознания, человеческого бытия, личности и предметного мира, социума, духовной культуры. Феноменология призывает к тому, чтобы сознание и предметный мир высвобождались из причинных и функциональных связей между ними. С точки зрения Гуссерля, любой предмет в процессе познания *схватывается* только как корреляты сознания, то есть во взаимном соотношении восприятия, памяти, суждения, сомнения и т.д.⁷⁸ Предмет при этом не превращается в сознание, но именно сознание определяет то, как было схвачено его значение. Отсюда феноменологическая установка нацелена не на восприятие предмета (уже известных или новых его свойств, функций и т.д.), но на сам процесс восприятия как процесс формирования определенного спектра значений, усматриваемых в предмете, его свойствах и функциях⁷⁹.

Феноменологический метод – это поиск и описание непосредственной смысловой сопряженности сознания и предмета. В науке подчеркивается основополагающая роль сознания в рамках феноменологии, не сводимая к субъективизму. Важнейшим элементом феноменологии является учение об интенциональности, то есть придании смысла предмету в процессе познания: «сознание невозможно без интенциональности, а последняя – без предмета, на

⁷⁷ См.: Пантыкина М. И. Феноменология правовой жизни: методологи и социально-философский аспект исследования. Автореф. дисс. ... доктора философских наук. Екатеринбург, 2010. С. 18.

⁷⁸ См.: Гуссерль Э. Идея феноменологии. СПб., 2006. С.160-165.

⁷⁹ См.: Современная западная философия. С. 318-319.

который акт сознания направлен»⁸⁰. Объективность процесса познания обеспечивается методом редукции, направленном на открытие в каждом индивидуальном сознании чистого сознания, способного на непредвзятость, причем направленную не на предметы реального мира, а на уже приобретенные установки сознания.

Акцент на беспредпосылочности знания роднит феноменологию с метафизикой. «Феноменология критиковала метафизику только для того, чтобы ее восстановить. Она уведомляла метафизику относительно настоящего положения ее дел для того, чтобы пробудить в ней сущность ее задачи, ее исконное и аутентичное назначение»⁸¹. О всеобщем или общепризнанном характере феноменологического направления в настоящее время говорить не приходится, тем более что феноменология представлена целым рядом школ, однако ключевые ее положения представляют несомненный интерес для науки конституционного права. Идеологическая нагруженность многих конституционно-правовых категорий и связь конституционно-правовых институтов с политической деятельностью не может быть элиминирована из науки конституционного права, но такое положение вещей тем более актуализирует рефлексию восприятия с целью минимизации заблуждений (таких как подмена доказательств утверждениями и эмоциональными оценками, или смешивание предположений и сомнений и т.д.). К этому нужно добавить подверженность мышления определенным схемам, представлениям, которые считаются верными, только потому что являются привычными. Известно высказывание в адрес правовых институтов: «Но как много было протащено сквозь столетия произвольного, ложного, устаревшего, или опрометчивого, неуклюжего, ошибочного!»⁸². Соответственно, задача внимательного отношения к процессам «схватывания» сознанием

⁸⁰ См.: Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. С. 114.

⁸¹ См.: Derrida J. La forme et le vouloir-dire. Note sur la phénoménologie du langage // Revue Internationale de Philosophie. 1967. No.3. На русском языке текст работы доступен на сайте: <http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000209/index.shtml>

⁸² Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения. Екатеринбург, 2000. С. 23.

конституционно-правовых институтов, их смысла и значения, остается на повестке дня.

Необходимость внутренней свободы мышления может быть показана на примере практики ограничения конституционных прав. В этой области множество заблуждений связано с тем, что для ограничения прав порой считается достаточным простое следование определенной традиции или в лучшем случае соблюдение формы (в виде закона, что не является чрезмерно сложным при определенной расстановке политических сил в парламенте) и указание на цели ограничения (которые формулируются, как правило, достаточно широко для того, чтобы подвести под них практически любое ограничение). В действительности же конституционность ограничений должна связываться также и с содержательными требованиями, предъявляемым к ним, например, в рамках принципа соразмерности (пропорциональности), лишь соблюдение последовательных критериев которого позволяет прийти к обоснованным выводам о конституционности ограничения. Рефлексия относительно этих критериев не просто выступает дисциплинирующим фактором, но позволяет уйти от предзаданных конструкций, исключающих развитие концепций прав человека.

Феноменология как методологическая основа проявляет себя в рамках сравнительных конституционно-правовых исследований, обеспечивая познание (схватывание) субъектом смыслов действующих в различных государствах институтов (как феноменов конституционного права) и возможность их сопоставления. Приведенная выше как пример проблема правомерности ограничения конституционных прав демонстрирует пользу обращения к сравнительному методу. Выдвигаемые в рамках отечественной системы представления о целевом обосновании ограничений, пригодности и необходимости вводимых средств для достижения поставленной цели, пропорциональность ограничения могут быть проверены на основе зарубежной практики. Как пишет А. Бланкенагель, «сравнительное правоведение и

сравнительное конституционное право имеют отношение к обоснованию легитимности тех или иных норм»; например, затруднительно было бы объяснить гражданам наличие ограничений личной свободы, если таких ограничений свободы нет в других странах и при этом в них не наступает общественный хаос, предупреждение которого является обоснованием необходимости ограничения свободы в собственной правовой системе⁸³.

Герменевтика – течение в современной философии, направленное на теоретически и методологически обоснованное истолкование текстов. Согласно классическому определению Ф. Шлейермахера, герменевтика выполняет двойную задачу: это, с одной стороны, «объективное» (грамматическое) истолкование документа, а с другой – психологическое «вживание» в текст, предполагающее интуитивное схватывание его смысла⁸⁴. Эта двойная задача связана с тем, что любой письменный документ представляет собой языковое обнаружение, имеющее двойную природу: с одной стороны, он есть часть общей системы языка, с другой, – продукт творчества некоторого индивида. Предпосылкой «вживания» как метода работы исследователя является то, что и исследователь текста, и его автор суть индивидуальные выражения одной и той же сверхиндивидуальной жизни («духа»)⁸⁵.

Герменевтика разрабатывалась, скорее, в рамках теорий гуманитарного познания, поэтому в науке сохраняются вопросы относительно ее универсальности. Термином «герменевтика» обозначается целый ряд подходов, формирующих различные метафизические картины функционирования сознания⁸⁶. Некоторые из теорий, в первую очередь Х.Г. Гадамера, рассматривают герменевтику как особую философию понимания.

⁸³ Бланкенагель А. О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 51.

⁸⁴ Цит. по: Должиков А. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 127.

⁸⁵ См.: Малахов В.С. Герменевтика // Новая философская энциклопедия. Т. 1. С.512.

⁸⁶ Один из вариантов – отказ от феноменологического подхода к сознанию как самодостаточному и беспредпосылочному, способному к непосредственному усмотрению механизма своего функционирования; противопоставление ему феноменологии непрозрачного бытия понимания. См.: Современная западная философия. С. 75.

Принципиальные позиции относительно онтологического характера герменевтического круга и значения понимания при работе с любыми текстами (смыслами, складывающимися во всех науках) позволяет предположить, что соответствующие методологические соображения могут быть распространены не только на гуманитарное знание.

Независимо от этих дискуссий, популярность идеи о релевантности герменевтических методов для правоправедения не вызывает удивления. Проблема понимания / толкования правовых текстов стоит достаточно остро⁸⁷. Это тем более касается конституционного права, в рамках которого широко используется метод не только конкретного, но и общего регулирования; закрепляются нормы-принципы, нормы-цели, нормы-дефиниции, нормы, имеющие абстрактный характер, потенциал многозначности и вариативного содержательного наполнения, ценностную направленность. В связи с этим в науке конституционного права с полным основанием поставлена (и еще не решена) проблема сути и пределов толкования конституционно-правовых норм, тем более актуальная, когда речь идет об обращении к конституционно-правовым нормам различных систем, в том числе тех, которые являются иностранными для исследователя-компаративиста. Следует ли стремиться к выявлению объективного их смысла (если таковой существует)? Или в русле некоторых постмодернистских конструкций необходимо признать, что решающую роль в выявлении смысла права играет сам процесс интерпретации (и его субъект)? В сущности, это базовая проблема, от разрешения которой зависят ответы на очень многие конституционно-правовые вопросы⁸⁸. В

⁸⁷ Юридическая наука не может быть сведена к методам толкования правовых норм, но и не может быть помыслена без инструментария, позволяющего понимать значение этих норм, являющихся объектами изучения.

⁸⁸ Сводится ли толкование к разъяснению уже существующего смысла нормы, или оно с необходимостью подразумевает создание новых норм? Какова должна быть роль суда и других правоприменительных органов в этом процессе? Не означают ли полномочия по толкованию размывания границ между правоприменительными и правотворческими органами? В ситуации толкования конституции это особенно острые вопросы о границах между решениями вопросов права и вопросов политики в деятельности конституционного суда, о соотношении компетенции суда и учредительной власти и т.д.

литературе можно встретить как крайние позиции по этой проблеме, так и попытки провести «срединную линию», означающую, что процессу интерпретации придается большое значение, но сам он должен быть подчинен определенным правилам, призванным обеспечить получение (максимально) объективных смыслов толкуемых конституционно-правовых норм⁸⁹.

Значительное внимание при этом уделяется конституционной герменевтике, которая связывается чаще всего с методами толкования конституции органом конституционного контроля. Обосновано ставятся вопросы о взаимосвязи правил и результатов толкования с моделью органа, осуществляющего толкование, особенностями процедур (абстрактное или казуальное толкование конституции), юридическими свойствами самой конституции⁹⁰. Кроме того, круг полномочий органов конституционного контроля ставит перед ними задачи толкования не только конституции, но также международных договоров и законов, а в ряде случаев – и подзаконных актов (речь идет о казуальном толковании). Вместе с тем заметим, что герменевтические методы интерпретации актуальны не только для официального, но и для научного толкования, и могут быть распространены не только на ныне действующие и имеющие историческое значение конституционно-правовые документы, но и на доктринальные источники, что подразумевает обмен научными идеями в рамках коммуникативного пространства, в том числе в рамках сравнительных исследований.

Значение философских оснований методологии конституционного права велико, даже если они приложимы к объекту науки не непосредственно, а через определение применимых методов иных уровней (общенаучных и

⁸⁹ «Толкование предполагает не только извлечение смысла, заложенного в Конституции, но и приспособление ее норм к имплицитным требованиям и ценностям общества, в реальных отношениях которого они применяются». См.: Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М., 2002. С. 534-535; «Любое отклонение от объективности в процессе официального толкования способно создать реальную угрозу конституционной безопасности». См.: Колосова Н.М. Конституционная ответственность в Российской Федерации. М., 2000. С. 150.

⁹⁰ См.: Кравец И.А. Конституционная герменевтика: проблемы определения и роль в правовой системе // Гуманитарные науки в Сибири. 2000. № 1. С. 95-99.

частнонаучных) и порядка и пределов их использования⁹¹. Обращение к философским основаниям необходимо при определении их значения для разворачивания сравнительного метода в науке конституционного права.

В число **общенаучных методов** обычно включают логические приемы анализа, синтеза, аналогии, **сравнения**, а также эмпирические (наблюдение, описание, эксперимент, моделирование, измерение) и теоретические (восхождение от конкретного к абстрактному, от абстрактного к конкретному) методы. Хотя в таких перечислениях можно увидеть следы некритического объединения под наименованием метода как отдельных мыслительных операций, так и конструкций, охватывающих правила проведения этих операций (что ближе собственно к методу), они все же воспроизводятся во многих работах⁹². Как представляется, на уровне простого перечисления и поверхностного уточнения сути отдельных приемов сложно добавить что-то новое, а глубокое раскрытие каждого из методов требует серьезной концентрации внимания именно на нем. Для целей нашей работы (которая сфокусирована на сравнительном методе) ограничимся указанием на то, что в действительности приведенная схема осложняется тем, что перечисленные средства познания не просто сочетаются друг с другом, но в ряде случаев становятся частью друг друга. Например, эксперимент может включать в себя и моделирование, и описание, которое едва ли реально провести без наблюдения и измерения; кроме того, описание требует анализа и обобщения, причем производимого в самый момент описания. По этой причине для проведения научных исследований важно представление о том, что при перечислении общенаучных средств познания речь идет не о равнопорядковых последовательностях, а о структурно сложных сочетаниях, требующих контролируемого применения с учетом поставленных задач⁹³. Упущенная

⁹¹ См.: Керимов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986. С. 10, 37.

⁹² См., напр: Карева А.В. Указ. соч. С. 259; Иванников И.А. Указ. соч. С. 110.

⁹³ Базовые схемы движения научной мысли см.: Канке В.А. Методология научного познания. М., 2014.

логика применения методов не может не сказаться на качестве всего исследования.

Будучи применимы в любой отрасли научного знания, в науке конституционного права общенаучные методы **«ориентируются на специфику ее предмета и особенности изучаемого вопроса»**⁹⁴. В науке широко дискутируется вопрос о соотношении общенаучных и частнонаучных методов. В рамках одной из позиций частнонаучные методы мыслятся как результат «переплавки» общенаучных методов, обращенных к сущности предмета и объектов изучения конкретной науки⁹⁵. Несколько уточненное видение заключается в том, что критерий отделения частноправовых методов «связывается не столько с фактом их применения в познании права, сколько со степенью модификации, приспособления тех или иных методов применительно к специфике правовых исследований»⁹⁶.

Собственно, сам вопрос о наборе **частных** методов отраслей правовой науки остается дискуссионным. Так, различая теоретический и эмпирический уровни познания права, В.М. Сырых выделяет для второго уровня такие частнонаучные методы как метод толкования права и сравнительно-правовой (дополняя их специальными методами - социальных правовых исследований, статистические, психологические методы, контент-анализ, методы критики исторических источников⁹⁷. К.С. Бельский и Л.А. Зайцева Л.А. называют «специально-научные методы, охватывающие формально-догматический (юридический), сравнительного правоведения, конкретно-социологический и др.»⁹⁸. Формально-юридический и сравнительно-правовой методы, наряду с социологическими методами выделяют и другие авторы⁹⁹.

⁹⁴ Богданова Н.А. Система науки конституционного права. С. 39.

⁹⁵ См.: Керимов Д.А. Указ. соч. С. 25.

⁹⁶ Сырых В.М. Логические основания. С. 367.

⁹⁷ Сырых В.М. История и методология юридической науки. С. 231.

⁹⁸ Бельский К.С., Зайцева Л.А. Указ. соч.

⁹⁹ См.: История и методология юридической науки / Под ред. В.В. Сорокина. Барнаул, 2016. С. 54-55, 70.

Примечательно, что когда речь идет о науке конституционного права, перечень методов расширяется и расширяется очень специфическим образом. Так, Н.А. Богданова прослеживает связь вопроса о методах изучения конституционного права с общими методологическими проблемами правоведения, и в частности рассматривает различное понимание формально-догматического метода как основного либо вспомогательного в рамках юридического или социологического позитивизма соответственно¹⁰⁰, причем в свете последнего Н.А. Богданова дополняет юридический подход социологическим, историческим, политологическим¹⁰¹. В одном из учебников по общей части конституционного права, уделившем внимание методам науки конституционного права, наряду с методом формально-логического анализа и компаративным методом, также выделяется специально «исторический подход, предполагающий выявление исторических обстоятельств, обусловивших изучаемые конституционно-правовые явления», а равно «основательные социологические исследования» и системный подход¹⁰².

Как видим, в вопросе о частнонаучных методах права (в том числе конституционного права) однозначности нет. Обычно авторы, особенно те, кто не занимается вопросами методологии специально, дают некоторые перечни методов, рассматриваемых вдобавок аналитически, по отдельности, без прослеживания связей между ними, способных проявить себя в реальном процессе исследования. Однако можно заметить, что варианты наборов методов исследования права скоррелированы с тем или иным типом правопонимания и соответствующими представлениями о том, каким образом должно происходить познание права.

В рамках данной работы не ставится задача полного и последовательного рассмотрения всех частнонаучных методов; они будут рассмотрены постольку,

¹⁰⁰ См.: Богданова Н.А. Указ. соч. С. 40.

¹⁰¹ См.: Конституционное право. Общая часть / Под ред. Н.А. Богдановой. М., 2017. С. 43.

¹⁰² См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. В 4-х томах. Тт. 1-2. Общая часть / Отв. ред. Б.А. Страшун. М., 1996. С.26.

поскольку они имеют отношение к применению в конституционном праве сравнительного метода, которому будет уделено основное внимание. Его абсолютно неизбежная связь с формально-юридическим методом и возможности его сочетания с междисциплинарными подходами и применением методов иных наук (политической, социологической, исторической и др.) будут показаны далее в контексте основных подходов к сравнению в конституционном праве.

Пока же мы исходим из того, что решение методологических задач конституционного права требует широкого подхода как к категории методологии (включая гносеологический ее аспект), так и к категории метода (включая представления о методе как мыслительном процессе, подчиняющемся определенным правилам). Соответствующие правила должны конструироваться с пониманием того, что методы организованы в сложную и разноуровневую систему. Обращение к методам нижестоящих уровней происходит с учетом правил, определяемых вышестоящими уровнями – вплоть до философской основы всеобщих методов. При этом в определении философской основы исследования задействован мировоззренческий компонент методологии, определяющий систему взглядов, отношение познающего субъекта к изучаемому объекту. Следовательно, мировоззренческие установки влияют на процесс познания. Это актуализирует задачу определения круга обдуманых правил, которому должен подчиняться указанный процесс, с тем, чтобы несмотря на отчетливое присутствие в нем мировоззренческих позиций, он не превращался бы в пространство исключительно субъективных оценок.

§ 2. Сравнение: значение и трансформация в частнонаучный сравнительный метод конституционного права

1.1. Уточнение терминов

В юридической литературе компаративистской направленности широко используются выражения «сравнительное право» (*comparative law*), «сравнительное конституционное право» (*comparative constitutional law*). Употребление слова «право» в этом контексте, если и не вводит в заблуждение¹⁰³, то во всяком случае ставит вопрос о том, имеется ли в виду некоторая предметная область либо только метод.

В рамках одного из подходов подчеркивается, что сравнительное право указывает только на метод исследования и ни в коем случае не на право как систему норм; процесс сравнения норм, существующих в разных системах, не приводит к появлению новых независимых юридически действительных правил, регулирующих отношения¹⁰⁴; всякое правовое исследование включает сравнение, так что просто «обманчиво, и на самом деле опасно» отдельно упоминать сравнительное право¹⁰⁵. По словам К. Цвайгерта и Х. Кетца, сравнительное право – это «применение сравнительного метода при изучении права как объекта интеллектуальной деятельности»¹⁰⁶. Такое утверждение также означает по сути указание на метод познания.

То, что сравнительное право не соответствует никакой отдельной отрасли национального права, не вызывает сомнений. Вопрос, скорее, заключается в том, не включает ли сравнительное право помимо метода еще и сумму знаний, полученных с помощью этого метода, или науку как область человеческой

¹⁰³ В литературе можно встретить и резкие указания на то, что такое обозначение попросту неверно: оно может создать впечатление, что речь пойдет о специальной области регулирования прав и обязанностей, нарушений и защиты, как в других отраслях права, в то время как речь идет о методе исследования. См.: Auld, F.C. *Methods of Comparative Jurisprudence* // *The University of Toronto Law Journal*. Vol. 8. 1949. No. 1. P. 83.

¹⁰⁴ См.: Gutteridge H.C. *Comparative Law*. Cambridge, 1946. P.1.

¹⁰⁵ См.: Twining W. *Comparative Law and Legal theory: the Country and Western Tradition* // *Comparative Law in Global Perspective* / Ed. by I.D. Edge. New York, 2000. P. 45.

¹⁰⁶ Цвайгерт К., Кетц Х. *Сравнительное частное право*. В 2-х томах. М., 2010. С. 10.

деятельности, направленной на создание и систематизацию знаний; некоторые ученые дают утвердительный ответ на тот вопрос¹⁰⁷, а некоторые специально уточняют, что узкое понимание сравнительного права как метода восходит еще к позиции Ф. Поллока, озвученной им на первом Конгрессе сравнительного правоведения, прошедшем в Париже в 1900, и должно быть скорректировано с учетом прошедшего времени и содержательных достижений, полученных за это время¹⁰⁸.

Для отечественного исследователя вопрос запутывается тем, что в теории государства и права соответствующая научная область получила наименование «сравнительного правоведения»¹⁰⁹ (что явно упростило задачу увидеть здесь именно «научное направление»¹¹⁰ или даже «относительно самостоятельную и обособленную от всех других гуманитарных наук юридическую научную и учебную дисциплину»¹¹¹); правда при этом сравнительное правоведение ассоциируется, как правило, с конкретной задачей – систематическим изучением правовых семей (традиций) на сравнительной основе, то есть сравнением на макроуровне. Справедливости ради необходимо указать на отсутствие полного единодушия в этом вопросе и на позицию авторов, усматривающих даже в сравнительном правоведении «лишь один из методов познания законодательных систем различных стран»¹¹². В сущности, эта

¹⁰⁷ См.: Winterton G. Comparative Law Teaching // American Journal of Comparative Law. Vol. 23. 1975. No. 1. P. 70.

¹⁰⁸ См.: Hall J. Comparative Law and Jurisprudence // Buffalo Law Review. Vol. 16. 1966. P. 63.

¹⁰⁹ См., например: *Малько А. В., Саломатин А. Ю.* Сравнительное правоведение в российском юридическом образовании // Государство и право. 2011. № 2. С. 40; *Кресин А. В.* Критерии в вопросе о генезисе сравнительного правоведения // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 1. С. 14–15; *Дамирли М. А.* Теоретико-методологические проблемы сравнительного правоведения: попытка актуализации и некоторые размышления // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3. С. 47. Работа одного из зарубежных основоположников сравнительного права, связывающего последнее с социальной наукой, на русский язык также была переведена с использованием слова «правоведение». См.: Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения [Arbeiten zur rechtsvergleichung und zur rechtsvereinheitlichung]. Екатеринбург, 2000.

¹¹⁰ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000. С. 25.

¹¹¹ См.: Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001. С. 79.

¹¹² См.: Керимов Д.А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. М., 2011. С. 299.

позиция следует позиции Р.Давида, писавшего о сравнительном правоведении в контексте метода изучения правовых систем¹¹³.

Что касается сравнительного конституционного права, то в изданиях, озаглавленных таким образом, речь обычно идет о представлении именно суммы знаний, полученной на основе сравнения, с уделением некоторого внимания вопросам методологии¹¹⁴ или даже без такового¹¹⁵. Нельзя не заметить, что иногда в отечественных работах сравнительное конституционное право рассматривается как своего продолжение сравнительного правоведения, но с уточнением предмета: так, по словам одного из исследователей, «саму науку сравнительного конституционного права вполне оправданно называть сравнительной конституционной географией, так как она изучает распространение моделей конституционного регулирования тех или иных отношений (правовой статус личности, форма правления, форма государственного территориального устройства, государственный режим, полномочия высших органов государственной власти) в странах мира»¹¹⁶. При всей понятности стремления связать «отраслевую» сравнительную дисциплину с понятием сравнительного правоведения как базовым, представленный подход не может не означать сужения задач сравнительного конституционного права.

Все же, судя по некоторым публикациям, ключевым фактором успеха развития сравнительного конституционного права считается «плодотворный

¹¹³ Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право). М., 1967. С.25. Впрочем, это утверждение нуждается в уточнении. В более позднем издании книги (и с появлением соавтора) утверждается уже несколько иная идея: если в период становления сравнительного правоведения «дискутировалось, следует ли рассматривать сравнительное право как самостоятельную отрасль науки права, или как метод – сравнительный метод, - используемый этой наукой», то «сегодня, когда сравнительное право прочно стоит на ногах, проблемы эти утратили актуальность». См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 2009. С. 12-13. Примечательно, что итогового ответа при этом не дается; мы можем домыслить (но только домыслить), что имеется в виду бесспорность понимания сравнительного права как науки.

¹¹⁴ См.: Чиркин В.Е. Сравнительное конституционное право. М., 2011; Jackson V.C. Comparative Constitutional Law: Methodologies // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / Ed. by M.Rosenfeld, A.Sajo. Oxford, 2012.

¹¹⁵ См.: Comparative Constitutional Law / Ed. by R.Dixon, T. Ginsburg. Cheltenham, Northampton, 2011.

¹¹⁶ См.: Худoley Д.М. О предмете и методе сравнительного конституционного права // Вестник Пермского университета. 2013. № 2. С. 90.

диалог» и «постоянная гармония» между методологией и содержательной частью исследований¹¹⁷, причем отнюдь не сводимой к проблемам «правовой географии».

Соответствующие термины нельзя не признать уже вошедшими в употребление, и по этой причине нет задачи их оспаривать¹¹⁸. Однако для ясности в данной работе будет использоваться термин «сравнительный метод» (в науке конституционного права), призванный показать, что фокус будет сделан именно на вопросах методологии¹¹⁹; содержательный материал будет иметь, скорее, поясняющий и иллюстративный характер.

Формирование представления о мыслительных операциях, проводимых при применении сравнительного метода – их последовательности, правилах их проведения, делает необходимым отступление на шаг назад и изучение сравнения как общенаучного приема познания; соответствующие соображения будут затем применены к науке конституционного права.

1.2. Сравнение как общенаучный прием познания

Сравнение представляет собой познавательную операцию, направленную на установление отношения тождества, сходства или различия изучаемых объектов.

¹¹⁷ См.: Iacometti M. Dividing Powers: One of the Main “Destinations” in Giovanni Bognetti’s Journey // G. Bognetti, Dividing Powers / Ed. by Baraggia A., Vanoni L.P. Wolters Kluwer, 2017. P. XV. Цит. по: Baraggia A. Challenges in Comparative Constitutional Law Studies: Between Globalization and Constitutional Tradition // Law and Method. 2017.

¹¹⁸ Хотя некоторые авторы настаивают на том, чтобы говорить о сравнении права (*law comparison*), а не сравнительном праве (*comparative law*), подчеркивая, что речь идет об активном действии, а не об отрасли права. См.: Pieters D. Functions of Comparative Law and Practical Methodology of Comparing // <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Functions%20of%20comparative%20law%20and%20practical%20methodology%20of%20comparing.pdf>.

¹¹⁹ Г. Франкенберг справедливо обращает внимание на постоянные проблемы самоидентификации компаративистов, выражающиеся в неудовлетворенности термином «сравнительное право» и поиске замены ему («сравнительные правовые системы», «сравнительные правовые традиции», «сравнительное законодательство», «сравнительное изучение права» и др.), и предлагает уделять внимание не терминологическим изменениям, а сомнениям, связанным с применением метода. См.: Frankenberg G. Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law. Harvard International Law Review. Vol. 26.1985. P. 411.

Сравнение всегда проводится по определенному основанию, признаку, свойству объектов, существенному для данного рассмотрения. Результаты сравнения фиксируются в сравнительных суждениях, устанавливающих выявленные отношения между объектами¹²⁰.

По сути, сравнить – это и означает сопоставить один объект с другим, или несколькими, или множеством объектов, с целью выявить их возможные отношения¹²¹. В литературе можно встретить акцент только на два возможных отношения – либо тождества, либо различия¹²², сторонники которого, по видимому, исходят из посылки о том, что если объекты не являются равными, значит, они различаются, хотя это различие и может проявлять себя в разной степени; но можно встретить и уточненную градацию, включающую в себя, помимо тождества и различия, также и отношение сходства¹²³. В сущности, уже в этом месте возникают предпосылки для будущих вопросов к сделанным оценкам. Если между объектами нет полного тождества по какому-либо основанию, как мы определяем, видим ли мы сходство или различие? Этот вопрос тем более важен для науки конституционного права, что о тождественных объектах в ней говорить не приходится. Смысл сравнения в конституционном праве определяется обычно как поиск сходств и различий, но без уточнений, что именно подразумевается под теми и другими. В действительности для изучения конституционного права с помощью сравнительного метода более чем актуальна проблема мнимых и действительных, поверхностных и глубоких сходств и различий, проявляющих

¹²⁰ См.: Лебедев С.А. Методы научного познания. М., 2014. С. 63.

¹²¹ См.: Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 650.

¹²² Исследование в марксистском ключе см.: Ким В.В. Тождество и различие как категории материалистической диалектики. Свердловск, 1969. Доступно на сайте: http://elar.urfu.ru/bitstream/10995/3473/2/kim_1969.pdf. в числе современных работ см.: Сидорова Е.В. Проблема тождества и различия в логике и лингвистике. Дисс. ... кандидата филологических наук. Пермь, 1999.

¹²³ См., напр.: Аверин М.Б., Никитин П.В., Федорченко А.А. Сравнительно-правовой и структурно-системный методы в юридической науке // <http://distance.rpa-mu.ru/files/mg/imun/thm/tsm13.html>

себя на уровне конституционных формулировок и дальнейших их конкретизации и применения.

Этот, на первый взгляд, частный вопрос в действительности показывает более широкую проблему научного познания в целом, в том числе осуществляемого с использованием сравнительного метода, особенно в общественных науках. Здесь появляется, как минимум, проблема соотношения объективного и субъективного в сравнении. С одной стороны, сравнение направлено на отражение особенностей самих отражаемых объектов и соответственно реальных отношений между ними, с другой стороны, речь идет о предметной деятельности человека, сложных взаимосвязях восприятия и мышления; соответственно апперцепция (как зависимость восприятия от содержания психической жизни человека, особенностей его личности) означает возможность активизации влияния прошлого опыта, мотивов, установок, эмоций и шире – убеждений, мировоззрения человека при решении его задач¹²⁴. Нет оснований сомневаться в том, что при формулировании сравнительных суждений задействуются многие элементы психики человека. Едва ли есть необходимость и возможность изолировать влияние соответствующих элементов – собственно, решение научной задачи возможно на основе высших познавательных процессов, немислимых без этих элементов. Благодаря этому человек может проводить различные мыслительные операции, в том числе сравнивать самые разные объекты, включая идеи, и в самых разных отношениях¹²⁵. Вместе с тем, в процессе познания субъекту необходимо до известной степени контролировать сочетание объективных и субъективных факторов. Это относится и к исследованиям, проводимым с помощью сравнительного метода, причем не только в вопросах определения сходств и различий, но на всех этапах, от постановки научной задачи до критической оценки результатов ее решения.

¹²⁴ См.: Общая психология / Под ред. А.В. Петровского. М., 1986. С. 270-272.

¹²⁵ См.: Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. М., 1978. С. 7

В литературе обоснованно подчеркивается связь сравнения с рядом других логических операций, таких как анализ, синтез, обобщение, абстрагирование, систематизация¹²⁶.

Кроме того, сравнение является частью других приемов познания. Так, установление тождества или различия объектов всегда есть результат их сравнения между собой, но сравнение может производиться не только непосредственно, но и опосредованно, через сравнение их обоих с неким третьим объектом. Отсюда важнейшей формой сравнения в науке называется сравнение изучаемого эмпирического объекта с неким эталонным объектом. Это – измерение, как метод сравнения двух объектов, в результате которого экспериментально устанавливается соотношение между познаваемым объектом и другим объектом, принятым за эталон, единицу измерения¹²⁷. В конституционном праве таким эталонным объектом может быть не реально существующий объект (институт), а некий концепт, идеальный тип и т.д.

Так, в одном из конституционно-правовых исследований приведена авторская концепция описания структуры и содержания негативной свободы совести и религии; соответствующая конструкция может быть положена в основу сравнительного анализа пределов защиты свободы религии, взятой в негативном измерении, в различных системах¹²⁸.

Можно привести также пример моделирования - эмпирического исследования реального объекта путем построения его модели: объекта, замещающего реальный объект (прототип) на основании сходства (тождества) свойств модели и прототипа. Это сходство по существенным признакам должно специально обосновываться. Для наших целей особенно важно выделение знаковых моделей (схем, описывающих характер связей между некоторыми

¹²⁶ См.: Масленников М.М. Методологическое значение сравнения в научном познании. Воронеж, 1968. С. 44.

¹²⁷ См.: Лебедев С.А. Указ. соч. С. 63-64.

¹²⁸ См.: Маркова Е.Н. Свобода совести и религии: негативное измерение и защита убеждений личности. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2019.

свойствами прототипа или его структуру и способ поведения)¹²⁹. Такие модели представляют собой упрощенное описание, ухватывающее, тем не менее, часть существенных свойств системы, которые включаются в исследование. Различные модели в конституционном праве – результат сравнения нормативного регулирования и практики реализации какого-либо института в релевантных государствах.

Например, в науке конституционного права часто ставится вопрос о моделях федерализма в государствах с соответствующим типом политико-территориального устройства. В основе моделирования лежит комплекс критериев, предопределяющих принадлежность той или иной федерации к определенной разновидности. К таким критериям могут быть отнесены: способ создания федерации (путем объединения или выделения), основа федеративного устройства (территориальная, национальная или смешанная), особенности статуса субъектов федерации (симметричные и ассиметричные федерации), способ разграничения компетенции между субъектами (дуалистические и кооперативные федерации), степень централизации и др.¹³⁰. По сумме обозначенных характеристик могут быть сделаны выводы относительно моделей федерализма в конкретных сравниваемых государствах.

Для общественных наук сравнение имеет также внушительный потенциал восполнения нехватки (невозможности проведения) эксперимента¹³¹. Сравнение позволяет рассматривать объекты, характеризующиеся похожими или различными независимыми переменными, и оценивать влияние последних на переменные, полагаемые зависимыми, формируя и проверяя на этой основе гипотезы относительно причинно-следственных связей между явлениями. Уточним, что не имеем в виду полноценной замены сравнением поля

¹²⁹ См.: Лебедев С.А. Указ. соч. С. 65-66.

¹³⁰ См., напр.: Глигич-Золоторева М.В. Теория и практика федерализма: системный подход. Новосибирск, 2009. С. 139-169; Назаров В. Эволюция моделей федерализма – российский и зарубежный опыт // Экономическая политика. 2007. № 1. С. 124-126.

¹³¹ Собственно, стоило бы оговориться, что это верно не только для общественных наук. Так, в астрофизике происходящие в астрономических объектах физические процессы описываются на основании наблюдения и сравнительного анализа, поскольку эксперимент здесь также невозможен.

эксперимента¹³², поскольку к ключевым особенностям эксперимента относится контроль за условиями его протекания, включая возможность включать и отключать независимые переменные¹³³. Собственно, именно эта особенность отличает эксперимент от наблюдения, и потому если сравнение строится на основе наблюдаемых (но существующих независимо от наблюдателя и не управляемых им) систем, то приравнять такое сравнение к эксперименту нельзя в принципе. Смысл аналогии заключается, скорее, в том, что различные общественные системы удачным образом представляют собой «горизонт событий» с разнообразием условий, которое хотя и создано без участия исследователя, но которым он вполне может воспользоваться для построения каузальных теорий.

Отдельное внимание следует уделить тому, какие познавательные функции в принципе способны выполнять сравнение. В их числе называют среди прочего¹³⁴:

- познание единичного, особенного и всеобщего. Познать индивидуальное своеобразие единичного явления, подобие особенных явлений друг другу и их отличие от прочих, а также общее для множества явлений возможно только путем соотнесения разных объектов друг с другом и выделения на этой основе их качественных и количественных характеристик и черт различий и сходства между ними;

- познание изменчивости явлений. Способность любого объекта находиться в разных состояниях (качественных, количественных, либо пространственных) может быть обнаружена лишь путем соотнесения одновременных состояний этого объекта, то есть путем сравнения, позволяющего оценивать развитие реального мира;

¹³² См.: Sartori G. Comparing and Miscomparing // Journal of Theoretical Politics. 1991. No.3. P. 244-245.

¹³³ См.: Фатьянов И.В. Правотворческий эксперимент в России как метод правового регулирования. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Омск, 2015. С. 12-13.

¹³⁴ См.: Масленников М.М. Указ. соч. С. 45-51.

- познание причин явлений. Причинно-следственные связи выявляются различными способами, основанными на сравнении между собой обстоятельств, при которых данное явление встречается, и сравнении обстоятельств, при которых явление встречается, с обстоятельствами, при которых данного явления нет¹³⁵;

- классификация и систематизация явлений. Если понимать под классификацией «деление предметов на классы на основании сходства предметов каждого класса и отличия их от предметов других классов в наиболее существенных признаках»¹³⁶, то очевидно, что такая операция может быть произведена только при помощи сравнения.

Приведенные функции показывают, что сравнение может быть задействовано как в схеме движения мысли от конкретного к абстрактному, так и в рамках восхождения от абстрактного к конкретному¹³⁷. Сравнение наблюдаемых реально существующих явлений позволяет получить информацию, которая может быть положена в основу обобщений; в то же время, существующие в науке принципы и ее дедуктивные законы могут быть проверены при сопоставлении с фактически существующими объектами. Благодаря сравнительному блоку знаний наука конституционного права, таким образом, имеет все преимущества обеих схем движения мысли, располагая возможностью и построения теоретических моделей, и удержания многообразия эмпирического материала.

Сравнение играет огромную роль на обыденном уровне, в повседневной жизни¹³⁸. «Сравнивание вещей есть деятельность разума самая свободная, самая невынужденная... В самом образовании идеи сходства и различия разум

¹³⁵ См.: Строгович М.С. Логика. М., 2004. С. 297.

¹³⁶ Там же. С.135.

¹³⁷ О соответствующих концептуальных узлах структуры теории см.: Канке В.А. Указ. соч. С. 15.

¹³⁸ «Социальное сравнение – необходимый элемент повседневной жизни и повседневного поведения индивидов, неотъемлемый компонент идеологии общества и конкретных социальных общностей. Он лежит в основе многих явлений и процессов, имеющих место на уровнях обыденного и теоретического сознания». См. : Зборовский Г.Е. Социальное сравнение как повседневное явление и социологическая проблема // *Социологические исследования*. 2005. № 12. С. 13.

проявляет необыкновенно большое творчество»¹³⁹. Помимо суждений о соотношении объектов в смысле наличия или отсутствия тождества между ними, сравнение используется также для создания образов подобия. В целом, сравнение – распространенный и незаменимый инструмент познания на разных его уровнях, привычный до степени автоматичности и неосознанности использования¹⁴⁰.

Однако, как было показано в предыдущем параграфе, когда речь идет о сравнительном методе научного познания, должно быть сформировано представление о правилах его применения. Покажем далее особенности сравнительного метода как частнонаучного метода конституционного права, имея в виду, что выполнение с его помощью обозначенных задач возможно только при когнитивном контроле за его использованием со стороны исследователя.

2.3. Особенности и порядок использования сравнительного метода в конституционном праве

В литературе можно встретить интересные соображения о привычности и необходимости использования в праве такой мыслительной операции как сравнение. С точки зрения отраслевого регулирования общественных отношений юристы должны все время сопоставлять применимость различных норм к тем или иным фактическим обстоятельствам, по сути сравнивая последние с гипотезами норм. С точки зрения научного правового анализа (даже ограничивающегося одной правовой системой) ключевое значение имеют категории тождества и различия: «любое определение, объяснение или сущностное описание зависит от существования другого, в том смысле, что

¹³⁹ Розанов В. О понимании. М., 1886. С. 41-42. Мысль автора состояла в существовании схем разума, вовлекающих идеи разной степени взаимозависимости: например, если в разуме возникает сознание, что существует вещь, то в нем тотчас возникает и убеждение, что существует «причина, произведшая ее»; желание же сравнивать вещи лежит не в самих вещах, а только в творческой силе мышления.

¹⁴⁰ Об автоматизме категоризации, лежащей в основе мышления, см.: Lakoff G. *Women, Fire and Dangerous Things: What Categories Reveal About the Mind*. University of Chicago Press, 1987. P. 5-6.

концепция любого А бессмысленна без концепции не-А»¹⁴¹. Все же в рамках данной работы мы сосредоточимся именно на порядке изучения с помощью сравнительного метода разных конституционно-правовых систем.

Ю.А. Тихомировым было подчеркнуто, что «методология сравнения должна быть строго обоснованной в научном плане и корректной по методам и организации сравнительно-правового анализа»¹⁴². При всей справедливости этой идеи, заметим, что она является, скорее, стартовой; задачи познания требуют более детального ее раскрытия. Соответственно, для науки конституционного права была и остается актуальной задача понимания возможностей сравнительного метода и детализации метода в свете ее задач и особенностей ее предмета и объектов.

В отечественной науке прозвучала и более радикальная идея о том, что в силу «межотраслевого» характера норм конституционного права в методологии научных исследований «в конституционном праве должны учитываться (использоваться) все особенности методологического инструментария, который только может быть использован в юриспруденции в целом, что приближает конституционное право к общей теории права. Из этого можно сделать вывод о возникновении конкуренции общей теории права и сравнительного конституционного права. Сравнительное конституционное право в значительной степени сужает предмет науки общей теории права»¹⁴³. Исходя из задач данной работы мы не оспариваем этот тезис, но и не имеем цели заходить так далеко; что действительно хотелось бы подчеркнуть, так это особенности задач науки конституционного права, производные от специфики отрасли (особенно заметной по сравнению с частноправовыми отраслями), которые

¹⁴¹ Curran V.G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. Vol. 46.1998. No. 1. P. 47. Ср. с фундаментальной идеей Гегеля: «Самостоятельное [нечто] имеет показатель своей в-себе-определенности лишь в сравнении с другими». См.: Гегель Г.В.Ф. Наука логики. СПб., 1997.

¹⁴² Тихомиров Ю.А. Предисловие // Сравнительное правоведение в условиях интеграции государств / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.И. Лафитский. М., 2013. С. 11.

¹⁴³ Овсепян Ж.И. Методологическая природа предназначения науки и отрасли конституционного права и практики конституционализма в общей системе отраслей права, юридической науки и практики // Северо-Кавказский юридический вестник. 2016. № 1. С. 60.

ставят выделенные методологические проблемы и перед теми, кто изучает конституционное право в сравнительном ключе, и которые объясняют, почему науке конституционного права необходимо самостоятельно заниматься вопросами применения в ней сравнительного метода, не полагаясь только на общие положения сравнительного правоведения.

Как уже указывалось в литературе ранее, в задачи науки конституционного права входит установление, объяснение и оценка норм конституционного права¹⁴⁴; добавим от себя, что речь идет не только о собственно нормах, но и теоретических идеях, которые воплощаются в тех или иных нормах, и практике реализации этих норм. Соответствующие доктрины, нормы и практики имеют существенные особенности (определяемые по предметному принципу, то есть по связи с организацией и функционированием политической власти и обеспечением достоинства и свободы личности, а также по систематизации в источниках, по крайней мере часть из которых имеет особую природу и свойства), самым непосредственным образом влияющие на актуальные смыслы и порядок применения сравнительного метода в конституционном праве.

Помимо уже упоминавшейся выше обусловленности включения в состав методологии конституционно-правовой науки мировоззренческого компонента спецификой предмета конституционного права, представим следующие соображения, связывающие особенности отрасли и науки конституционного права и эффекты для правил использования сравнительного метода.

Предмет отрасли и науки конституционного права. Как известно, отрасль национального конституционного права устанавливает основополагающие принципы конституционного порядка, регулирует основы правового положения личности, закрепляет функциональную и территориальную организацию власти. Принципиальный момент заключается в том, что при этом отрасль конституционного права определяет меру публичной

¹⁴⁴ См.: Богданова Н.А. Система науки конституционного права. С. 74.

власти и свободы личности, актуальную для данного политически организованного сообщества и проявляющую себя в различных сферах общественной жизни. В этом проявляет себя самая суть конституционного права¹⁴⁵. Соответственно, конституционно-правовая наука, обращенная на отрасль конституционного права, изучает явления власти и свободы в многообразии их нормативного опосредования и практической реализации. Отсюда следуют по крайней мере три промежуточных тезиса, влияющих на перспективы компаративистики в науке конституционного права (и выявляющих спецификацию этих перспектив по сравнению с общими подходами, существующими в рамках сравнительного правоведения). Первый связан с тем, что, с учетом заявленной таким образом цели конституционно-правовых исследований, из предлагаемых в рамках теории вариантов понимания государства и права для конституционного права предпочтительней так называемое социологическое понимание¹⁴⁶. Второй подводит нас к идее о том, что познание предмета науки конституционного права – это процесс, по словам Н.А. Богдановой, двусторонний: «Осмысление конституционно-правовой действительности от эмпирического ее восприятия через объяснение к теоретическому конструированию системы понятий и категорий науки – одно направление движения мысли. Другое – отталкивается от уже познанных и сформулированных в теоретических конструкциях различных сторон и аспектов понятия конституционного права, развивая, конкретизируя и углубляя знание о предмете науки»¹⁴⁷. Применительно к задачам, решаемым с помощью сравнительного метода в науке конституционного права, это означает

¹⁴⁵ О сути предмета конституционного права (предопределяющего пути его познания) см.: Алебастрова И.А. Доктринальная характеристика предмета конституционного права как фактор укрепления или преодоления отраслевой дисфункции // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 6. С. 50-60; Троицкая А.А. Пределы публичной власти: конституционно-правовое осмысление // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2009. № 5. С. 43-61. См. также тезис о том, что далеко не всякая разновидность государственного права является правом конституционным (поскольку в мире существуют и государства, политическая реальность которых далека от конституционных принципов): Арановский К.В. Государственное право зарубежных стран. М., 1998. С. 7-8.

¹⁴⁶ Богданова Н.А. Система науки конституционного права. С. 19, 44.

¹⁴⁷ Там же. С. 12.

преломление теоретических конституционно-правовых построений в конкретных моделях конституционно-правовых институтов сравниваемых государств, то есть сохранение в поле зрения компаративиста не только общего, но и особенного в конституционном праве разных систем; не только теоретических построений, но и эмпирического материала. Третий тезис определяет, что в задачи науки конституционного права входит не только установление, но также и объяснение выявляемых сходств и различий, причем в рамках, выходящих за пределы формально-юридического толкования норм (то есть демонстрирующих, что конституционное право связано с внеправовыми условиями жизни двусторонним образом), что смыкает этот тезис с первым.

Эти тезисы – необходимость выхода за рамки догмы права, сосредоточенность компаративиста не только на общетеоретических построениях, но и на конкретных конституционно-правовых доктринах, нормах и практиках изучаемых государств, задачи построения причинно-следственных связей для объяснения существующих конституционно-правовых феноменов – будут дополнительно детализированы далее с учетом особенностей источников отрасли (и соответственно, науки) конституционного права, в первую очередь – конституций. Значение этих особенностей будет показано именно для сравнительных конституционно-правовых исследований.

Сущностные предпосылки многообразия конституционных порядков. Конституции, будучи основным источником конституционного права как отрасли национального права, являются одновременно одним из ключевых объектов изучения в конституционно-правовой науке. Однако конституция как нормативно-правовой акт имеет целый ряд характеристик, требующих большого внимания от исследователя, и, прежде всего, конституция, как уже отмечалось, выражает самую суть характерных для данного общества отношений, связанных с определением меры свободы и осуществлением

власти, и при этом создается учредительной властью¹⁴⁸. По словам одного из авторов, первое и наиболее очевидное различие между конституциями и остальным правом, которое затрагивает сравнительный метод в науке конституционного права, - «тесное отождествление между конституциями и государствами... При любом подходе существует по меньшей мере, столько же конституций, сколько государств, и нет конституций двух государств, которые бы совпадали»¹⁴⁹.

Соответственно, любая конституция выражает определённый замысел, охватывающий фундаментальные характеристики общественной жизни. Это учредительный документ, который призван создать целостное представление о государстве и о тех основаниях, на которых базируются правовая, социальная, политическая, экономическая и культурная системы общества. Одновременно конституции как ни один другой акт испытывают на себе «формирующее влияние истории»¹⁵⁰. Конституции особенно отчетливо по сравнению со всеми иными источниками национального права сочетают в себе прошлое, настоящее и будущее конкретного политического сообщества, выражают историческую обусловленность нормативных предписаний (в том числе страхи и опасения, с которыми борется общество) и одновременно – нацеленность на прескриптивные установки, организующие определенным образом публичную власть и регулирующие сферу свободы личности и ее взаимоотношения с властью.

Неудивительно поэтому, что изучение соответствующих формально определенных норм требует всякий раз подключения контекста их создания и применения и связанного с ним фокуса на плюрализме понимания и действия

¹⁴⁸ Об особенностях онтологии конституционного права, для которого нормативно-государственное волеизъявление имеет гораздо меньшее значение, чем для иных отраслей права в силу особого порядка принятия конституции см.: Гаджиев Г.А. Онтология права. М., 2013. С. 189.

¹⁴⁹ Сондерс Ч. На пути к глобальному конституционному генофонду // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. С. 104.

¹⁵⁰ Там же. С. 105.

этих норм. Для адекватной их оценки в русле конституционной герменевтики¹⁵¹ необходимо обращаться не только к тексту конституции, но и к историческим обстоятельствам его принятия и политическим условиям его дальнейшего действия. Как подчеркивается в литературе, создание конституции – акт не только правовой, но и (возможно даже в большей степени) политический, и это уже предопределяет то обстоятельство, что сравнительное конституционное право должно быть заметным образом сфокусировано не только на формально-юридических феноменах, но и на эмпирических особенностях конституционного права отдельных государств – значении и действии различных политических сил, стоящих за конституционными положениями и в то же время определенным образом ими организованных, на социальных конфликтах, экономических интересах и т.д.¹⁵². Необходимость изучения контекста принятия и действия различных конституций влечет за собой по меньшей мере два эффекта – во-первых, серьезные предпосылки для того, чтобы применение сравнительного метода в конституционном праве оказалось сопряжено с выходом за рамки догмы права, а во-вторых, концентрацию не только и не столько на сходствах конституционно-правовых систем, сколько на их различиях¹⁵³.

Аксиологическая направленность конституционного права. В рамках общего регулирования как метода, присущего отрасли конституционного права, особо выделяют разновидности норм, выражающие дефиниции, цели и принципы¹⁵⁴. Подобные нормы, как правило, закрепляют положительно

¹⁵¹ О задачах, смыслах и особенностях конституционной герменевтики см.: Кравец И.А. Конституционное правосудие: теория судебного конституционного права и практика судебного конституционного процесса. М., 2017. С. 51-92. Хотя автор связывает конституционную герменевтику с деятельностью органов конституционного правосудия (с.56), многие его выводы в действительности релевантны и для доктринальных исследований.

¹⁵² См.: Hirschl R. Editorial // International Journal of Constitutional Law. Vol. 11. 2013. No. 1. P. 2-4.

¹⁵³ См.: Harding A., Leyland P. Comparative Law in Constitutional Context // Comparative Law / Ed. by E. Örgüsü, D. Nelken. Oxford, 2007. P. 324.

¹⁵⁴ Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М., 2002. С. 54–55. Не претендуя на исчерпывающий анализ соответствующего понятийного ряда, заметим, что дефиниции обычно ассоциируются с характеристиками субъектов конституционного права или отношений между ними; цели – с конечным результатом, состоянием, к достижению которого стремится данное

оцениваемые конструкции, воплощение которых на практике связывается не столько с точечными результатами, сколько со строем всей общественной жизни. Существуют заслуживающие внимания попытки обозначить указанные категории обобщенно, с тем чтобы выразить специфику и позитивный характер соответствующих конституционных положений, – через категорию конституционных ценностей¹⁵⁵; в зарубежной литературе используется также категория устремлений (*aspirations, aspiration provisions*), причем данная категория, в целом выражающая надежды на достижение какой-то очень значимой цели, в конституционном праве ассоциируется с фундаментальными основами общества и государства¹⁵⁶.

Суть, однако, заключается в том, что соответствующие формулы закрепляются, как правило, в достаточно общем виде, допускающем различное содержательное наполнение. Мы можем видеть здесь целый ряд категорий философского и многоотраслевого характера (свобода, справедливость, сотрудничество, солидарность, добросовестность, ответственность, общее достояние, безопасность, уравновешенное развитие¹⁵⁷ и т.д.). В литературе указывается на экспрессивность, абстрактность, «фундаментальность» таких положений, их эмоциональную окрашенность, связь с основными векторами развития политического сообщества, их способность выражать национальную

политическое сообщество, выполнением им конкретных задач; принципы – с идеями, имеющими фундаментальное значение для развертывания конституционно-правовой материи, в основе которых находятся мировоззренческие позиции, выявленные практикой закономерности или умозрительно сформулированные положения. См.: *Богданова Н.А.* Система науки конституционного права. С. 166.

¹⁵⁵ См.: *Карасёва И.А.* Конкуренция конституционных ценностей в практике Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных судов зарубежных стран. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 28. *Ереклинцева Е.В.* Суверенитет и демократия как конституционные ценности современной России: Автореф. дисс. ... к.ю.н. Челябинск, 2010. С. 12; *Маврин С.П.* Конституционные ценности и их роль в российской правовой системе // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 3.

¹⁵⁶ В одной из работ конституционные устремления понимаются как включающие цели, принципы и основные свободы. См.: *Fleming J.E.* Fidelity, Change, and the Good Constitution // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 62. 2014. No. 3.

¹⁵⁷ Все примеры взяты из текста преамбулы и первого раздела одного-единственного ныне действующего основного закона – Конституции Польши, и список мог бы быть еще продолжен. Практически любая конституция могла бы послужить примером не хуже.

идентичность или участвовать в ее формировании¹⁵⁸. На практике это означает, что за подобными нормами стоит большое количество смыслов, требующих обстоятельного изучения.

Важно подчеркнуть, что это означает не просто расширение круга включаемых в исследование объектов (в том числе за счет внеправовых явлений) и, соответственно, применяемых методов; это означает также изменение акцентов с дескриптивных на прескриптивные конструкции с вовлечением ценностных установок исследователя. Рассмотренный выше мировоззренческий компонент методологии конституционно-правовых исследований приобретает здесь большое значение. Формирование конституционного порядка всегда ориентировано на нормативный (прескриптивный) путь, а не путь простого описания того, что и так уже было или есть¹⁵⁹. Мы стремимся к тому, чтобы не отрицать, а подчеркивать влияние социально-политических, экономических и иных условий на становление фундаментальных конституционных ценностей, но в свою очередь конституции означают установление в прескриптивном ключе принципов взаимодействия личности, общества и государства¹⁶⁰. Они не ограничиваются «регистрацией» имеющегося порядка, они также и конструируют новый порядок, исходя из специфических проблем, требующих решения, и уровня развития политико-правовой мысли, придавая правовую форму в том числе и внеправовым

¹⁵⁸ *Jackson V. C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // Penn State International Law Review. Vol. 28. 2010. P. 325.* См. также: Троицкая А., Храмова Т. Основы основ: экспрессивный и функциональный потенциал конституционных устремлений // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1.

¹⁵⁹ Так, речь Ф. Лассалья впечатляет силой образов тех политических сил, которые он включал в действительное соотношение, но оставляет вопрос о том, зачем, собственно, писать конституцию с точным отражением этого соотношения. См.: Лассаль Ф. О сущности конституции. Ростов-на-Дону, 1905. В одной из работ, связывавших категорию традиции с категорией идентичности, последняя была охарактеризована как «смесь политических устремлений и приверженностей, выражающих прошлое нации, так же как определение в рамках общества тех, кто стремится некоторым образом переступить пределы прошлого». См.: Jacobson G.J. *The Formation of Constitutional Identity // Comparative Constitutional Law / Ed. by T. Ginsburg, R. Dixon. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2011. P. 130.*

¹⁶⁰ См.: *Спекторский Е.В. Что такое конституция? М.: Т-во Рябушинских, 1917. С. 6–8.*

явлениям¹⁶¹. Такое положение вещей закладывает основу для того, что в рамках исследования может происходить не только описание наблюдаемых явлений, но также их оценка, переосмысление их ценностного содержания, предложения по уточнению или изменению ценностных подходов и т.д.

Работа с ценностным содержанием конституционно-правовых институтов актуализирует особенности постнеклассической парадигмы познания и специфическую социально-гуманитарную рациональность (совокупность методологических требований, которым должно отвечать социально-гуманитарное знание, включая конституционно-правовое знание) – социально-ценностную объектность, рефлексивность, системность, культурологическую обоснованность, адаптивную полезность, открытость к критике, возможность изменения¹⁶². Однако ситуация дополнительно усложняется, когда речь идет о сравнении разных конституционных систем и, соответственно, разных аксиологических установок этих систем. Если для человека, изучающего собственную систему, важно различать собственные идеологические установки и установки, заложенные в конституции (понимая, что они могут не совпадать, но и не стремясь элиминировать никакую из них), то при использовании сравнительного метода появляется дополнительное измерение – ценности, выраженные в зарубежных конституциях. Оставляя пока в стороне вопрос, насколько проникновение в «чужую» систему является реальным (об этом речь пойдет в следующей главе), заметим только, что здесь появляется задача отслеживания потенциально возможных (а с учетом привязки конституционных ценностей к историческому пути конкретного общества и

¹⁶¹ О конституции как инструменте трансформации и выбираемых органами конституционного контроля стратегиях участия в этом процессе см., напр.: Nailbronner M. Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South // American Journal of Comparative Law. Vol. 65. 2017. No. 3. P. 527 – 565.

¹⁶² См.: Лебедев С.А. Указ. соч. С. 7. Автор работы обоснованно разграничивает требования социально-гуманитарной и логико-математической (идеальная объектность, конструктивная однозначность, формальная доказательность, аналитическая верифицируемость, открытость к критике и опровержению, возможность улучшения) и естественно-научной (эмпирическая объектность, наблюдательно-экспериментальная определенность, частичная логическая доказательность, опытная верифицируемость (подтверждаемость и фальсифицируемость), открытость к критике, возможность уточнения) рациональностей.

специфическим его проблемам, требующим решения – весьма вероятных) несовпадений между ценностными приоритетами разных систем, особенно относящихся к разным геополитическим регионам. Представляется, что конституционное право, как ни одна другая отрасль требует рефлексии в отношении производимых в процессе сравнения оценок, – рефлексии, которая не допускала бы механического распространения на других позиций собственной системы.

Кроме того, система конституционных ценностей, определяющих идентичность конкретного конституционного порядка, представляет собой не какую-то окаменевшую характеристику общества, прочно укоренённую в его культуре и дожидаящуюся только момента обнаружения; такая система – это политическое построение, призванное выразить в правовых категориях опыт, цели и приверженности общества и становящееся или не становящееся реальностью в зависимости от действий тех, на кого распространяется данная конституция¹⁶³. Конституционное развитие большей части государств находится в зоне бассейнов действия нескольких аттракторов, поэтому сравнение различных систем должно отражать нелинейность, динамичность и поливариантность их движения (в диалектическом и синергетическом ключах).

Системность конституционно-правового знания. Помимо эффекта многозначности (и соответственно, необходимости выбора значения нормы из множества в условиях ее ценностной нагруженности), общий характер большей части конституционных норм приводит к необходимости видеть их детализацию в положениях законодательных и подзаконных нормативных актов, а также – в правоприменительных решениях, особенно решениях органов конституционного контроля, которые также дают свой вклад в вариативность претворения в жизнь положений конституции. В случае с конституциями, и особенно закреплением статусных характеристик государства и конституционных прав личности, такое положение вещей

¹⁶³ См.: *Jacobsohn G.J. Constitutional Identity // The Review of Politics. Vol. 68. 2006. P. 363-365.*

абсолютно неизбежно по причине взаимосвязи учредительного характера, порядка принятия и стоящего за ним требования повышенной легитимности соответствующих установлений. Максимально широкие формулы необходимы конституциям как выражение консенсуса там, где при детализации начались бы разногласия, делающие принятие конституции невозможным¹⁶⁴. Кроме того, конституционные акты в ряде случаев в принципе ориентированы на установление основ, которые должны быть детализированы на уровне ниже конституционного и/или в иных отраслях. И наконец, в конституционном праве отчетливо проявляет себя роль не только формально определенных источников права, но также конституционных соглашений, политических документов и даже вовсе не формализованных политических практик¹⁶⁵; в некоторых системах их дополняют и существенно видоизменяют влиятельные религиозные практики¹⁶⁶.

Таким образом, хотя применительно к любой отрасли права можно сказать, что ее нормы могут быть восприняты корректно только с учетом всей полноты регулирования и практики применения, но специфика основного источника конституционного права (с одной стороны, обладающего высшей юридической силой, а с другой – предполагающего уточнение своих положений в текущем законодательстве и испытывающего давление со

¹⁶⁴ Если формула о демократическом государстве не вызывает возражений, то конкретное понимание демократии может быть различным; если формулу «Каждый имеет право на жизнь» вряд ли кто-то серьезно будет оспаривать, то вопросы о времени начала жизни, вариантах ее прекращения, необходимости включения в данное право также социальных составляющих и т.д., покажут раскол. См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford University Press, 2002. P.3; Fleming J.E. Fidelity, Change, and the Good Constitution // American Journal of Comparative Law. 2014. Vol. 62. No. 3. P. 409.

¹⁶⁵ Обзор позиций Г.Кельзена и Х.Л.А. Харта, а также соотношение «политического» и «правового» конституционализма см.: Dyzenhaus D. The Idea of a Constitution: A Plea for *Staatsrechtslehre* // Philosophical Foundations of Constitutional Law / Ed. by D. Dyzenhaus, M. Thorburn. New York, 2016. P. 9-30.

¹⁶⁶ Здесь особенно нужно выделить страны мусульманской и индусской систем. Так, несмотря на усилия создателей Конституции Индии, направленные на обеспечение действия принципа равенства независимо от кастовой принадлежности, нельзя сказать, что соответствующая проблема оставлена полностью в прошлом. См., напр.: Sankaran S, Sekerdej M, von Hecker U. The Role of Indian Caste Identity and Caste Inconsistent Norms on Status Representation // Frontiers in Psychology. Vol. 8. 2017. Сравнение моделей прав человека в зависимости от основополагающих, в том числе религиозных, источников см.: Patel D. The Religious Foundations of Human Rights: A perspective from the Judeo-Christian Tradition and Hinduism // Human Rights Law Commentary. Vol. 1. 2005.

стороны политической, а иногда – и религиозной практики) прямо предполагает обращение ко всей пирамиде источников в рамках сравнительного исследования¹⁶⁷ и одновременно критическую их оценку с точки зрения соответствия конституционным установлениям.

Феномен «живой конституции» в конституционном праве. Серьезное влияние на выбор и оценку источников сравнительных конституционно-правовых исследований оказывает такое свойство конституции как стабильность. Обеспечивающий это свойство жесткий порядок изменения конституции, как правило, способен серьезно затруднить оперативное внесение в нее изменений (и это важное отличие по сравнению с источниками иных отраслей права). На практике это означает высокую вероятность ситуаций, когда прежние конституционно-правовые нормы действуют в изменившихся социально-исторических условиях. Это же обстоятельство может препятствовать быстрому устранению тех проблем, с которыми также сталкиваются, но которые могут оперативнее решать иные юридические отрасли, - ошибок, неясностей, прямых противоречий¹⁶⁸. Широкие, открытые для интерпретации и при этом трудноменяемые формулы конституции фактически порождают эффект «живой конституции»¹⁶⁹ или «живого дерева конституции»¹⁷⁰ (то есть возможность ее развития в результате как согласования новых детализированных правил на политическом уровне, так и толкования в рамках судебной практики), а сложность внесения изменений в текст конституции усиливает прагматическую составляющую этого эффекта.

¹⁶⁷ Интересный образец подробного ориентировочного плана сравнительного исследования на примере изучения свободы радиовещания в иностранной системе см.: Бланкенгель А. О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 51-52.

¹⁶⁸ О специфике конституционно-правовых норм см. подробнее: Таева Н.Е. Толкование конституционно-правовых норм в Российской Федерации. Дисс. ... кандидата юридических наук. М., 2005.

¹⁶⁹ См.: *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920). Решение по делу было подготовлено судьей Холмсом, одним из сторонников идеи о том, что основатели конституции создали ее как организм, способный динамично развиваться.

¹⁷⁰ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, AC 124 (1930).

В свою очередь, подход, обозначаемый как «живая конституция» (и особенно соотношение этого подхода с оригинализмом), ставит перед компаративистами ряд дополнительных вопросов. Конституция в отличие от обычных законов – результат выражения воли не текущего правящего большинства, а учредительной власти. До какой степени и в каком направлении текущее правящее большинство может детализировать положения конституции, не рискуя подорвать ее идейную сущность, высшую юридическую силу, учредительный характер? Что является конечным источником юридической силы конституции? Каковы границы самой учредительной власти? Каким образом должны решаться конфликты, связанные с возможностью упоминавшегося выше множественного прочтения конституции, или ценностной неоднородностью ее положений? Для компаративиста все эти и другие вопросы могут возникать при всяком погружении в систему источников отечественного и зарубежного конституционного права, независимо от тематики конкретного исследования.

Специфика природы и деятельности органов конституционного контроля. Перечисленные выше вопросы приобретают дополнительную остроту, когда речь заходит о таком объекте для сравнительного исследования в конституционном праве, как решения органов конституционного контроля, имеющих по своему предназначению одновременно потенциал защиты конституции и контрмэжоритарности. Это означает, что, в отличие от обычных судебных решений, не обращающихся к вопросам конституционности применяемых актов, решения органов конституционного контроля не могут быть анализируемы без постоянного учета места таких органов в системе власти конкретного государства, пределов судебного конституционного контроля, силовых полей, складывающихся по линиям соотношения текста конституции, способов его интерпретации, способности органа конституционного контроля противопоставить свою позицию избранным народом органам власти и даже вторичной учредительной власти и т.д.

Наличие того или иного судебного решения; то, что в нем сказано; иногда – и то, что в решении сказано не было, – все это должно быть прочитано под углом зрения юридических и политических отношений между высшими органами власти, их полномочий и подходов к сдерживанию друг друга (иногда - и самих себя), а также их понимания значения индивидуальной свободы, роли органов публичной власти для ее обеспечения и балансирования с иными ценностями и ряда других соображений. Причем соответствующий угол зрения актуален для исследования с помощью сравнительного метода практически любой конституционно-правовой тематики (если в исследование вовлекаются позиции органов конституционного контроля и на этой основе планируется делать какие-то выводы), а вовсе не только в том случае, когда исследование посвящено непосредственно конституционному правосудию.

Формирование транснациональных конституционных механизмов. Компаративный блок науки конституционного права находится под серьезным влиянием существующих транснациональных механизмов регулирования отношений, которые попадают в предмет конституционного права. Такие феномены как, например, европейское конституционное право, понимаемое как общие конституционные принципы европейских государств, формируемые ими самостоятельно, или в контексте функционирования Совета Европы или Европейского Союза¹⁷¹, создают дополнительное измерение сравнительных конституционно-правовых исследований. Европейский суд по правам человека и Суд Европейского Союза и сами вовлечены в деятельность компаративистской направленности, и их решения влияют на циркулирование определенных конституционно-правовых идей, независимо от того, считаем ли мы их функционирующими как конституционные суды, а европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод и Лиссабонский договор и Хартию Европейского Союза об основных правах – актами конституционного

¹⁷¹ См.: *Claes M. Constitutional Law // Elgar Encyclopedia of Comparative Law / Ed. by Smits J.M. Cheltenham, 2006. P. 193-194.*

характера¹⁷². Аналогичным образом могут быть выделены другие линии международного сотрудничества на региональном и универсальном уровнях, означающие появление новых содержательных стандартов норм конституционного права и практики их интерпретации и применения, что означает придание нового импульса сравнительным исследованиям.

В то же время обращение к проблематике многоуровневого конституционализма лишней раз позволяет обнаружить, что многие конституционно-правовые принципы, мыслимые иногда в западном обществе как универсальные, таковыми в действительности не оказываются, или по крайней мере требуют серьезных уточнений, когда речь заходит об иных правовых культурах¹⁷³. Парадоксальным образом сотрудничество на международном уровне применительно к конституционно-правовым институтам демонстрирует перспективы не только и не столько тех проектов, которые направлены на универсализацию, сколько тех, которые смогут сочетать идеи сближения конституционных порядков, соблюдения государствами своих международно-правовых обязательств, но и сохранения ими черт конституционной идентичности при четком отграничении последних от конъюнктурных устремлений некоторых политических сил, не заинтересованных в действии международно-правовых сдержек.

Актуализация задач объяснения конституционно-правовых феноменов. Укажем на эту особенность как замыкающую и в определенном смысле – суммирующую предыдущие соображения. В современных методологических работах, посвященных сравнительному конституционному праву, справедливо ставится вопрос о необходимости переноса центра тяжести с привычных исследований, фокусирующихся, главным образом на описании и оценке

¹⁷² Позицию о том, европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод нельзя считать полноценной конституцией, а Европейский Суд по правам человека не может рассматриваться как конституционный суд, см.: Нуссбергер А. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод – Конституция для Европы? // Международное правосудие. 2019. № 2. С. 3-19.

¹⁷³ Обоснование необходимости диалога культур применительно к правам человека см.: Ковлер А.И. Европейская Конвенция в международной системе защиты прав человека. М., 2019. С. 48-71.

конституционно-правовых норм и релевантных судебных решений, на исследования, показывающие двусторонние причинно-следственные связи между конституционно-правовыми и иными явлениями общественной жизни, например, отражение и формирование конституционными нормами черт национальной конституционной идентичности, зависимость конституционных положений от политической конфигурации общества и влияние их на цели и деятельности политических акторов, реальное воздействие практики органов конституционного контроля на социальные изменения, роль национального и транснационального конституционализма в возникновении глобального экономического порядка и др.¹⁷⁴ Такой запрос заметно видоизменяет понимание задачи объяснения конституционно-правовых норм, смещая акценты с теоретического их толкования, толкования «различных их соединений, формализованных в юридических источниках»¹⁷⁵ на причинно-следственные связи между конституционным правом и различными условиями общественной жизни.

Тот факт, что конституционно-правовые феномены появляются и функционируют не в изоляции, и находятся в сложной системе двустороннего влияния с социальной средой, позволяет говорить о том, что объяснение их существования в определенном виде может быть связано с их целевым предназначением, но все же не во всех случаях может быть сведено только к последнему. Иногда конституционно-правовые институты функционируют определенным образом, потому что к этому их «тянут» исторические, политические и иные обстоятельства¹⁷⁶; в некоторых случаях такое тяготение даже уводит институт с линии изначального целевого предназначения, серьезно видоизменяя его суть. В свою очередь, сравнительный метод, по определению

¹⁷⁴ См.: Hirschl R. *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford, 2015. P. 153.

¹⁷⁵ Такое понимание объяснения конституционно-правовых норм см.: Богданова Н.А. Система науки конституционного права. С. 74.

¹⁷⁶ См.: Landau D. *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law* // *Harvard International Law Journal*. Vol. 51. 2010. No. 2. P. 319.

означающий выход за рамки одной системы, позволяет не только формулировать, но и тестировать гипотезы, выдвигаемые относительно связи между независимыми и зависимыми переменными, в роли которых могут выступать (необязательно соответственно) те или иные элементы конституционного порядка и те или иные стороны более широкого (политического, экономического, социального, культурного) контекста их существования, и – что существенно – на этой основе решать различные теоретические и практические задачи.

Возьмем в качестве иллюстрации принцип светского государства. Например, при похожем (по видимости) указании на отделение церкви от государства во Франции и Германии¹⁷⁷, в этих двух странах были приняты диаметрально противоположные решения по некоторым вопросам религиозной свободы¹⁷⁸, демонстрирующие отличающиеся подходы к соотношению негативного (защита от вмешательства) и позитивного (обеспечение со стороны государства) аспектов этой свободы. Возможно, объяснение различия в подходах не потребует чрезмерных усилий при условии обращения к историческим причинам, побудившим Францию идти по пути более строгого секуляризма¹⁷⁹. Однако следует ли здесь ограничиться историческим объяснением? Или необходимо отыскивать и иные причины расхождения в толковании принципа светского государства? Можно ли сказать, что дело не в причинах, а в целях, и что в Германии и Франции соответствующими правовыми средствами пытались создать разные конфигурации общественных отношений? Какое значение представленные на основе сравнения модели имеют для формирования концепции светского государства? До какой степени

¹⁷⁷ Собственно, уже на уровне конституционных формулировок можно увидеть и разницу - указание на светский характер государства в Конституции Франции 1958 года и развернутые положения статей 136-141 германской Конституции 1919 года (являющиеся частью действующего Основного закона) об отсутствии государственной церкви, свободе создания религиозных объединений, их самостоятельности при управлении своими делами и т.д.

¹⁷⁸ Например, Федеральный конституционный суд ФРГ не поддержал идею запрета ношения хиджабов в государственных школах, в то время как во Франции эта идея была уверенно реализована. См.: 1 BvR 471/10; Dogru v. France (4 December 2008) ECHR 27058/05.

¹⁷⁹ См.: Droit constitutionnel / Coord. L. Favoreu. Paris, 2004. P. 802.

концепция светского государства предопределяет нейтралитет государства в религиозных вопросах? И что следует понимать под таким нейтралитетом? Является ли секулярное государство разновидностью светского, или это самостоятельная модель? Может ли какое-либо третье государство, не совпадающее по историческому опыту и иным характеристикам с рассматриваемыми двумя, отстраивать тем не менее модель секулярного государства по французскому образцу? Или взять за основу решения, принятые в ФРГ?

Легко представить себе подобный круг вопросов, возникающих при изучении практически любых конституционно-правовых институтов.

В своем известном труде Э.Дюркгейм обозначал сравнительный метод как «единственно пригодный для социологии», утверждая, что всякая социология, выходящая за рамки описательности и стремящаяся объяснять факты, должна быть именно сравнительной¹⁸⁰. Следуя этой мысли, можно было бы поставить вопрос о том, что наука конституционного права должна быть именно сравнительной¹⁸¹; однако для нас сейчас принципиальнее тот факт, что сравнительные исследования конституционного права, в той мере, в какой они имеют место (даже если и не составляют всей науки), должны быть направлены на объяснение смысла, причин появления, особенностей функционирования, а не просто описания или даже оценки конституционно-правовых институтов.

Отметим, что в литературе сохраняется и альтернативная точка зрения, восходящая к позиции Г.Кельзена, а соответствии с которой предмет юриспруденции должен быть ограничен познанием и описанием правовых норм и установленных ими отношений между определенными фактами; такие

¹⁸⁰ См.: Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии. М., 1991. С. 511, 522.

¹⁸¹ Вопрос о том, может ли юриспруденция (и наука конституционного права в том числе) вообще быть несравнительной, стоит тем более остро, если учесть известную степень открытости правовых систем, спонтанную миграцию и целенаправленное заимствование правовых идей и институтов; в принципе постановка самого вопроса не нова. См.: Кресин А.В. Формирование теоретико-методологических основ сравнительного правоведения в работах Пауля Иоганна Ансельма фон Фейербаха // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 1. С. 76.

смежные дисциплины, как социология права, изучают не право как таковое, а явления, сопутствующие ему в обществе; правоведение как нормативная наука противопоставлена наукам, направленным на познание причинно-следственных связей¹⁸². Представляется, однако, что для познания конституционного права в сравнительном ключе и в том числе – для понимания и прогнозирования эффективности функционирования в отечественной системе заимствованных зарубежных конституционно-правовых доктрин, норм и практик объяснение взаимосвязей правовых и внеправовых феноменов имеет принципиальное значение.

Таким образом, в науке конституционного права именно запрос на построение каузальных теорий дополняет круг обстоятельств, привычно определяющих востребованность применения сравнительного метода в правоведении (развитие международных связей, активизация информационных процессов, стремление к пониманию правовых институтов, существующих в собственной системе¹⁸³).

Имея в виду все обозначенные позиции, определяющие влияние предмета науки конституционного права на работу компаративистов, соединим их с нашим представлением о том, что представляет собой собственно применение сравнительного метода как частнонаучного метода познания конституционно-правовой материи.

Представляется, что такие категории как «сравнение» и «сравнительный метод» (часто употребляемые достаточно хаотично и в качестве синонимов) было бы полезно различать для лучшего понимания соответствующего направления в науке, а также для успешности решения стоящих перед ним задач.

Лексически название сравнительного (сравнительно-правового) метода указывает на категорию сравнения. Но означает ли это, что сравнительный

¹⁸² См.: Гаджиев Г.А. Указ. соч. С. 35-37.

¹⁸³ См.: Керимов Д.А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. М., 2011. С. 295.

метод и сравнение – это синонимы? В литературе можно встретить позицию, без малого отождествляющую эти две категории: «мы можем определить сравнительный метод как более или менее целенаправленное применение сравнения для достижения поставленной цели»¹⁸⁴. Все же тут представляются необходимыми некоторые уточнения. Безусловно, категория сравнения дает решающий вклад в понимание соответствующего исследовательского пути: указание на сравнение как на сопоставление объектов на предмет выявления отношения между ними с точки зрения определенных их свойств (с выделением их тождества или степени их сходства и различия) показывает, что применение сравнения необходимо там, где речь идет о *получении таких знаний, которые нельзя получить, исследуя только один объект*¹⁸⁵. Сравнение позволяет зафиксировать такие вопросы исследования и взаимосвязи между объектами, которые иначе можно было бы не заметить¹⁸⁶. Изучение одного объекта (своей или иностранной правовой системы, отдельных институтов, норм, практик, доктрин) является важной предпосылкой для сравнения, но еще не сравнением как таковым¹⁸⁷. Вместе с тем, по-видимому, было бы неверно сводить сравнительный метод только к сравнению.

Собственно, здесь следует отталкиваться именно от постановки научной задачи (вопроса, на который стремится ответить исследователь своей работой). Сформулировав задачу, необходимо определиться, какими путями (то есть с привлечением каких методов) она может быть решена. В свою очередь метод как средство познания показывает, какие именно приемы и по каким правилам должны быть использованы. Сравнение и будет основным приемом

¹⁸⁴ См.: Тилле А.А. Швеков Г.В. Указ. соч. С. 11.

¹⁸⁵ См. о таком понимании сравнения в различных дисциплинах: Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford, 2014. P. 11. См. также: Троицкая А. А. Сравнение и сравнительный метод в науке конституционного права: особенности использования // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 2. С. 7–13.

¹⁸⁶ См.: Glendon M.-A., Carroza P.G., Picker C.B. Comparative Legal Traditions in a Nutshell. West Academic Publishing, 2008. P. 7.

¹⁸⁷ См.: Watson A. Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. Athens, London, 1993. P.4; Hirschl R. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law // The American Journal of Comparative Law. 2005. Vol. 53. No. 1. P. 126.

(операцией), предполагаемым сравнительным методом; однако сравнительный метод требует также совершения и еще ряда действий, которые позволят провести сравнение и получить на его основе эвристически значимые результаты (то есть предъявляет определенные требования к сравнению, устанавливает правила для него); имеются в виду по крайней мере: выбор сравниваемых объектов, параметров, по которым будет проводиться сравнение, функционального, культурологического или иного подхода к сравнению (на этапе до сравнения); оценка¹⁸⁸ и объяснение¹⁸⁹ полученных результатов (на этапе после сравнения); получение искомым теоретических результатов (уточнение концепций, типологий, проверка гипотез, построение теорий) или формулирование итоговых практикоориентированных соображений¹⁹⁰ (рассчитанных на применение внутри национальной правовой системы или на уровне международного сотрудничества) в зависимости от изначальной постановки задачи; при этом все совершаемые действия определяются сравнительным методом. При таком понимании сравнительный метод оказывается не просто шире, нежели собственно сравнение; он занимает совершенно иное место в линейке средств познания¹⁹¹, представляя собой своего рода указание на действия, которые надо произвести для решения поставленной задачи, и, кроме того, позволяя определять, что означают для этой задачи результаты таких действий. Иными словами, и действия, составляющие содержание исследования, и выводы исследования оказываются

¹⁸⁸ См.: Пилипенко А.Н. Сравнительное конституционное и административное право: от истоков до современности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 5. С.747; Бехруз Х. Сравнительное правоведение. Одесса, Москва, 2008. С. 78.

¹⁸⁹ Некоторые авторы даже указывали на своего рода консенсус в вопросе о смысле исследования с применением сравнительного метода, который заключается в объяснении, позволяющем «понимать». См.: Przeworski A. Methods of Cross-National Research: an Overview // Comparative Policy Research: Learning from Experience / Ed. by M.Dierkes. Aldershot, 1987. P. 35. По одному из определений, «сравнивать – значит наблюдать и объяснять сходства и различия». См.: Schlesinger R.B. The Past and Future of Comparative Law // American Journal of Comparative Law. Vol. 43. 1995. No. 3. P. 477.

¹⁹⁰ См.: Осаке К. Размышление о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3. С. 58; Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 57-58.

¹⁹¹ О необходимости различения «линейки» методологических средств см.: Кокорин А.А. Методология научных исследований. М., 2015. С. 158.

продиктованы методом. Думается, однако, что такой подход неизбежен именно с учетом того, что применительно к *сравнительному методу* речь идет не просто об отдельной мыслительной операции, но о пути получения *знаний*. Сравнение в узком понимании, если речь идет лишь об установлении сходств и различий между объектами, – рискует остаться не более чем упражнением или средством поставки «иллюстративного материала»¹⁹²; только проведение соответствующей операции по известным правилам и умозаключения относительно данных, полученных в результате корректно проведенного сравнения, позволяют говорить о приращении знания, что и характеризует метод¹⁹³.

Соответственно, памятуя, что объекты изучения конституционно-правовой науки в значительной мере обусловлены определенным культурным контекстом и требуют осмысления с учетом их ценностной нагрузки и в категориях причинно-следственных связей, к стадиям применения сравнительного метода в конституционно-правовых исследованиях можно отнести:

- определение общей цели исследования (во взаимосвязи с выбором базового подхода к применению сравнительного метода);
- уточнение цели в детализированном вопросе, ответ на которой призвано дать исследование, или подлежащей проверке гипотезе;
- установление круга сравниваемых объектов (обоснование географии исследования и круга вовлекаемых конституционно-правовых и иных явлений социальной среды);

¹⁹² См.: Дамирли М.А. Некоторые вопросы теории правового сравнения // Техника (технология) юридической деятельности в контексте сравнительного правоведения / Под ред. М.Л. Давыдовой, М.А. Дамирли. Волгоград, 2013. С. 11-12. Примечательна в этом контексте цитата из И.Канта, которую приводит автор данной работы, стремясь подчеркнуть разницу между иллюстративным сравнением и сравнением, направленным на познание: «Одно дело различать вещи и совсем другое – познавать различие между вещами».

¹⁹³ «Метод научного познания основывается главным образом на доказательстве (на выведении с помощью умозаключений истинности одного какого-либо положения из ранее установленной истинности другого положения)». См.: Фролова Е.А. Проблемы теории и философии права. М., 2015. С. 12.

- выбор критерия сравнения (*tertium comparationis*);
- собственно сопоставление объектов с выделением сходств и различий;
- объяснение выявленных сходств и различий - при исследованиях каузального типа;
- оценка предпочтительности тех или иных вариантов конструирования конституционно-правовых институтов или отдельных норм - особенно при исследованиях прескриптивного типа.

Может возникнуть вопрос относительно двух первых стадий, являются ли они частью непосредственного применения сравнительного метода. Однако нельзя не заметить, что и общая цель, и конкретный вопрос исследования задаются, как правило, с пониманием перспективы использования этого метода. Конечно, рассуждая логически, нужно признать, что сначала определяется задача, лишь затем – набор методов, которыми она может быть решена. Однако является ли движением мысли таким линейным? В действительности, обдумывание методов выполнения задачи может привести к ее уточнению. Во всяком случае, приведенная схема исследования относится к ситуациям, когда сравнительный метод был выбран по тем или иным причинам (потому что он подошел для определенной заранее и независимо задачи; или потому что он сам по себе соответствовал определенному интересу исследователя – его научной любознательности, политическим задачам, стремлению к совершенствованию национальной правовой системы и др.) и стал определяющей частью исследования. Идея о взаимосвязи цели, которая может быть достигнута сравнительным конституционно-правовым исследованием, и базового подхода к применению сравнительного метода (или их сочетания) будет раскрыта далее, в главе второй.

Сразу же подчеркнем и пределы идеи о нелинейности продвижения в рамках научного поиска по соответствующим стадиям исследования. Конечно, мы учитываем (в герменевтическом ключе), что на самом деле постановка научной задачи происходит не с нуля, а на основе некоторой уже имеющейся

информации, выбор объектов предполагает понимание критериев сравнения, полученные результаты или стремление их объяснить и оценить могут потребовать уточнения вопроса исследования или круга вовлеченных в исследование объектов, и т.д. Поэтому возможно даже, что правильнее было бы говорить об элементах применения сравнительного метода, а не стадиях как последовательно сменяющих друг друга ступенях движения мысли. Все же это не означает ни хаоса, ни отказа от дисциплины исследования, ни перехода к вариантам «сравнение ради сравнения». Представление обо всех элементах применения сравнительного метода в конституционном праве, их взаимосвязанном вкладе в конечный результат следует считать существенной предпосылкой целенаправленного процесса, ориентированного на получение нового достоверного знания.

Отметим, что в науке были предложены и иные схемы применения сравнительного метода. Например, А.Р. Швандерова называет следующие «обязательные стадии сравнительного исследования»: 1) изучение конкретных политико-правовых институтов с целью выявления их существенных особенностей; 2) сравнение выявленных особенностей аналогичных институтов, установление их сходных и различных характеристик; 3) анализ и оценивание различий с точки зрения идеи справедливости, целесообразности, эффективности и других; 4) изучение практической реализации исследуемых правовых и политических институтов¹⁹⁴. Несмотря на то, что в этой схеме содержатся некоторые важные элементы (особенно выделим указание на оценку результатов), сама схема мало проясняет правила применения собственно сравнительного метода и в целом является слишком общей.

Некоторые авторы демонстрируют стремление к большей детализации. Так, в работе В.Е. Чиркина названы следующие семь стадий сравнения: 1. гипотетически-дефинитивная (формирование гипотезы, определение области

¹⁹⁴ См.: Швандерова А.Р. Сравнительный метод в изучении истории права и государства в теоретическом наследии М.М. Ковалевского, П.Г. Виноградова и Ф.В. Тарановского // Философия права. 2017. № 1. С. 13.

исследований, целей); 2. коллекторно-кумулятивная (сбор и сосредоточение правового материала для исследования); 3. дескриптивная (создание общего научного представления об исследуемом объекте на основе первоначального знакомства с собранным материалом); 4. критическая (научная критика собранного материала, проверка этого материала и первого сложившегося представления об объекте исследования); 5. сопоставительская (сопоставление собранного материала и возникших предварительных выводов); 6. эвристическая (формулирование основных научных выводов); 7. прогнозно-практическая (определение тенденций развития изученного правового явления и возможностей его использования в практической деятельности в разных странах)¹⁹⁵. Однако при всем внимании к отдельным этапам движения научной мысли (в частности различении этапов сбора, создания общего представления об объекте, критической его переоценки, формулирования окончательных выводов) эта схема в сущности мало отражает специфику собственно сравнительного метода (его отражают ключевая пятая и отчасти седьмая стадии). Большая часть приведенных стадий актуальна для исследования и одной правовой системы (собственной или иностранных, взятых по отдельности). Те задачи, которые должен решать именно компаративист, и те результаты, к которым он может прийти именно благодаря сравнительному методу, в этой схеме представлены достаточно лаконично.

Напротив, наша схема, хотя и предлагает более крупные стадии познавательной деятельности (которые, впрочем, не исключают постепенного расширения знаний в герменевтическом русле, от первоначальных представлений к итоговым выводам), сосредоточена на тех элементах, на которые должен обращать внимание исследователь при вовлечении именно сравнительного метода.

Укажем также, что схема, близкая к предлагаемой в настоящей работе, была предложена ранее Ю.А. Тихомировым, выделившим следующие правила

¹⁹⁵ См.: Чиркин В.Е. Сравнительное правоведение. М., 2012. С. 25.

сравнительно-правовых исследований: 1. Правильный выбор объектов сравнительного анализа и корректная постановка целей, обусловленных его природой и потребностями субъекта сравнительного правоведения; 2. Проведение правового сравнения на разных уровнях, с использованием методов системно-исторического, логического анализа, аналогии для выяснения как внутренних связей и зависимостей в рамках сравниваемых правовых систем, так и их развития в контексте конкретного государства и общества; 3. Правильное определение признаков сравниваемых правовых явлений, норм, институтов и т.п., установление общественных и государственных задач, решение которых обусловило их появление и развитие; 4. Выявление степени сходства и различий юридических понятий и терминов, используемых в сопоставляемых правовых системах, актах и т.д. 5. Разработка и применение критериев оценки сходства, различий и несопоставимости правовых явлений, институтов и норм; 6. Определение результатов сравнительно-правового анализа и возможностей их использования в нормотворческой деятельности, в развитии законодательства, в правоприменительной практике¹⁹⁶. Необходимо признать обоснованность данных правил, ориентированных именно на компаративистскую деятельность; в то же время, они подчеркивают, скорее, достижение практикоориентированных результатов как итогов сравнительного исследования.

В рамках нашей же схемы, четко различающей для целей науки конституционного права исследования дескриптивного, каузального и прескриптивного типа и тем самым прямо указывающей на вариативность методологических правил движения исследовательской работы, могут быть акцентированы не только прагматические, но и (и даже прежде всего) теоретические результаты, имеющие самостоятельную научную ценность и отвечающие озвученным в доктрине запросам на сочетание концептуальных и

¹⁹⁶ См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 57-58.

эмпирических исследований, нацеленных на всестороннее объяснение конституционно-правовых феноменов.

Таким образом, полагаем необходимым связывать сравнительный метод в конституционном праве с мыслительным процессом, включающим систему правил его применения и отнюдь не ограничивающимся отдельной мыслительной операцией сравнения. Если поставленную задачу предстоит решать с помощью сравнительного метода, то проработки требует выбор критерия сравнения и сравниваемых объектов (в науке конституционного права – с фокусом на проблему системы источников права, имеющей центром конституцию, но не сводящейся к ней, а также – с вниманием к внеправовым явлениям, определяющим смыслы и функционирование правовых институтов); степень детализации анализа конституционно-правовых идей, норм и практики их воплощения и широта охвата политического, социально-экономического, культурного контекста, определяющего действие конституционного права, обуславливает возможности выводов относительно сходств и различий правовой материи и отнесения выявленных черт к единичному, особенному или общему; ценностная нагрузка конституционного права, устанавливающего самую суть отношений свободы и власти в обществе, открывает путь для прескриптивного компонента сравнительного метода, дополняющего описательные и каузальные результаты и акцентирующего конституционную аксиологию.

Соответственно, факторы, определяющие запрос на расширение спектра сравнительных исследований в конституционном праве, оказываются преобразованы в активное целеполагание как обоснование применения сравнительного метода и представление о таком порядке его использования, который приводит к значимым теоретическим и практическим результатам.

Суммируя, подчеркнем значение вхождения сравнительного метода, применяемого в конституционном праве, в многоуровневую систему научных методов, смысл которой заключается не в изолированном существовании отдельных уровней, хотя для целей их понимания они обычно анализируются отдельно, а в потенциале проявления сути и смысла инструментов познания более высокого порядка в инструментах, приближенных к задачам конкретной науки. Философские основания науки задают логику общенаучных методов, и при этом и первые и вторые определяют правила применения частнонаучных методов, которые должны учитывать специфику изучаемых объектов в контексте поставленных целей. В рамках данной работы для нас принципиально, что методы всех уровней «вплавлены» в частнонаучный сравнительный метод познания конституционно-правовой материи и проявляют себя при использовании последнего.

Конституционное право ставит интересные задачи перед теми, кто стремится понять методы его изучения. Относясь к общественным наукам, оно разделяет с ними все проблемы, которые были связаны с критериями и самой возможностью научного познания в этой области и хотя бы частичное решение которых предлагали разные парадигмы познания, особенно развернуто – постнеклассическая. Являясь частью юридических дисциплин, конституционное право ставит общие с теорией права вопросы о сущности и границах правовых явлений, возможности или невозможности их сведения к нормативной (догматической) составляющей, широте и проработанности используемого для изучения права инструментария. Вместе с тем, в рамках науки конституционного права в силу особенностей ее предмета и объектов выявляются специальные вопросы, связанные с перспективами сравнительного метода создавать в системе науки дополнительные блоки компаративного знания.

В самом общем виде можно сказать, что сравнительный метод в конституционном праве следует такому общенаучному приему познания как

сравнение в том смысле что может способствовать достижению тех же базовых когнитивных задач, но с учетом особенностей объектов изучения науки конституционного права и целей, которые ставят перед собой конституционалисты. И если само по себе сравнение может иметь некоторую амбивалентность результатов (как результат проблемы соотношения сходств и различий за пределами тождества), то высокая степень ценностной нагрузки и политической привязки конституционного права (и ключевых его источников), вдобавок актуализирующая для науки вопрос о релевантности мировоззренческого компонента методологии исследований, порождает ряд дополнительных вопросов об эвристическом потенциале сравнительного метода.

С учетом всего изложенного можно заметить, что применение сравнительного метода в конституционном праве ставит гораздо больше острых вопросов, чем в иных отраслях юридического знания. Для сохранения возможности получения эвристической пользы от сравнения конституционалисту необходимо внимательно контролировать выбор объектов сравнения, особенно выходящих за рамки текстов конституций и даже собственно конституционного права (но дающих вклад в объяснение именно конституционно-правовых феноменов), обосновывать как сравнимость этих объектов, так и полученные результаты в виде сходств или различий в функционировании сравниваемых правовых институтов, различать теории, ориентированные на сущее либо должное, следить за логикой заимствований, подчас неочевидной, и т.д. С учетом ценностной нагрузки отрасли конституционного права и ее связи с функционированием политических институтов ни к какому из этапов применения сравнительного метода в конституционном праве нельзя подходить с чисто механических позиций.

Возникающие трудности, однако, свидетельствует вовсе не о необходимости отказа от сравнительного метода в конституционном праве, а, напротив, о насущной потребности совершенствования представлений о нем, о

целях, которые могут быть достигнуты с его помощью, и правилах, которые должны быть соблюдены для этого. Решающее же влияние на конфигурацию сравнительных исследований в конституционном праве оказывает выбор базового подхода к определению сути правовых сравнений.

Глава 2. Фундаментальные подходы к применению сравнительного метода в науке конституционного права

Многие работы методологической направленности, посвященные сравнительному праву или применению сравнительного метода в конституционном праве, начинаются с очень похожих сетований на отсутствие явных и ясных правил сравнения права. Такая ситуация обозначается разными выражениями, призванными передать то обстоятельство, что сравнительные исследования проводятся либо интуитивно, без четкого плана, либо в рамках разрабатываемых каждым исследователем индивидуально схем, которые вдобавок нужно адаптировать к каждому последующему исследованию, - «методологический агностицизм»¹⁹⁷, «методологическая анархия»¹⁹⁸; и др.

В действительности, в настоящий момент говорить о том, что методология компаративных исследований остается совсем неразработанной, не приходится. Серьезные усилия были предприняты как в рамках общетеоретических направлений, так и отдельными отраслями правового знания. Речь идет, скорее, об отсутствии согласованности между различными подходами к сути «сравнительного права» и о том, что конституционное право уделяет мало внимания существующим доктринальным наработкам в этой области. Между тем систематическое представление подходов к использованию сравнительного метода призвано показать, какой вклад в конституционно-правовые научные исследования может дать каждое из них.

¹⁹⁷ См.: Reitz J. How to Do Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. Vol. 46.1998. No. 4. P. 618. Автор данной работы – один из немногих, кто увидел своего рода силу в таком «самообучающемся экспериментальном подходе», возможно, не слишком эффективным, но зато гарантирующем, что никакой многообещающий путь не будет перекрыт ортодоксальными соображениями.

¹⁹⁸ См.: van Reenen T.P. Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (1): the Nature and Role of the Tertium Comparationis // The Comparative and International Law Journal of Southern Africa. Vol. 28. 1995. No. 2. P. 175.

§ 1. Сравнительный метод в контексте путей познания конституционного права

Когда речь идет о применении сравнительного метода в праве, необходимо представлять себе не только что такое сравнение, но и что такое изучение права. Парадоксальным образом, большая часть вопросов, поставленных перед компаративистикой, в действительности относится не только и не столько к сравнению и его методологии, сколько к эпистемологическим вопросам о том, каково соотношение права и иных явлений общественной жизни и следует ли (и если да, то в какой мере) изучать соответствующие связи для того, чтобы познать право различных систем. В зависимости от ответов на эти вопросы формируются представления о том, как должно быть построено и что может дать изучение права с помощью сравнительного метода.

Далее будут представлены основные подходы к использованию сравнительного метода, а также критические замечания в адрес каждого из них. На сегодняшний день большая часть доктринальных источников по проблемам применения сравнительного метода ориентирована на нужды сравнительного правоведения, либо задачи частного права. Соответственно, в науке конституционного права должен быть преодолен пробел, связанный с нехваткой методологических представлений, которые в достаточной степени отражали бы особенности данной научной дисциплины. Поэтому основные подходы к применению сравнительного метода будут оценены с позиций их пригодности для изучения именно конституционного права.

Аналитическое рассмотрение представленных далее основных подходов к применению сравнительного метода (догматического, функционального, культурологического) необходимо для того, чтобы выявить их преимущества и некоторые слабые стороны для целей познания конституционно-правовой материи, и особенно – для того, чтобы четко соотнести их со значением и задачами компаративного блока науки конституционного права, то есть

показать, какой вклад в достижение целей применения сравнительного метода может дать каждый из них, и какие пределы имеет их польза. На этой основе будут представлены синтетические варианты изучения конституционного права с помощью сравнительного метода.

1.1. Догматический подход

Рассмотрение догматического подхода к применению сравнительного метода в конституционном праве делает необходимой фокусировку на особенностях формально-юридического метода (в объеме, нужном для того, чтобы показать, каким образом он соотносится с центральным для целей работы сравнительным методом). Заметим, что термин «догматический метод» в литературе иногда употребляется как синоним формально-юридического метода¹⁹⁹; не оспаривая соответствующего словоупотребления по существу, уточним все же, что под догматическим подходом будем понимать определенное научное направление, коррелирующее с легистским типом правопонимания. Догматический подход к юриспруденции дает ответ на вопрос, что именно должна изучать юриспруденция (право как совокупность санкционированных властью/государством правовых норм)²⁰⁰, а формально-юридический метод – это ответ на вопрос, как и с каким возможным результатом нужно это делать. При этом формально-юридический метод может применяться в рамках не только догматического подхода (для которого он является основным), но и других подходов (для которых он может быть вспомогательным).

Здесь прежде всего нужно учитывать связь относящихся к концу XIX века процессов становления научной программы, выступившей в качестве

¹⁹⁹ «Формально-юридический (специально-юридический, нормативно-догматический) метод является центральным элементом методологии любого правового исследования». См.: Кузьмин И.А. Формально-юридический метод в составе методологии компаративистского исследования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 18.

²⁰⁰ См.: Аверин М.Б., Никитин П.В., Федорченко А.А. Догматический метод научного познания в юриспруденции // <http://distance.rpa-mu.ru/files/mg/imun/thm/tsm12.html>

основы конституционного права в современном понимании, с разработанным в немецком праве позитивистским правовым методом, стремившимся к обособлению от методов, используемых в политологии, истории, работах в области естественного права, а также – к выходу за границы исключительно документального анализа²⁰¹.

Получивший в тот период широкое обоснование (в трудах К. фон Гербера, П. Лабанда, К.Бергбома²⁰²) юридический позитивизм²⁰³ связывал догму права с изучением официально действующих правовых норм; именно ими и должна заниматься юриспруденция, оставляя в стороне «метаюридические» принципы и идеи, в том числе вносимые теорией естественного права, исторической школой права и т.д., тем более, что действующая система права рассматривалась как нечто логически законченное и беспробельное, как система, действительно способная выступать для разрешения любых конфликтов²⁰⁴.

В развитие этих идей формально-юридический метод не сводился к тому, чтобы описывать или комментировать позитивное законодательство и предлагать правила толкования норм. «Скорее, его программа направлена на структурирование права при помощи автономных понятий... Чтобы достичь такого структурирования, *право обособляется от общественной реальности* (выделение добавлено. –А.Т.) и привязывается к правовым актам, которые

²⁰¹ См.: фон Богданди А. Доктринальный конструктивизм в прошлом и будущем: стратегия ответа на насущные вопросы, стоящие перед конституционно-правовой наукой в Европе // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 1. С. 44.

²⁰² См.: Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 8.

²⁰³ В трактовке В.С. Нерсесянца – не юридического, а именно «легистского позитивизма». См.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 2010. С. 28. См. также: Нечаев А.Н. Основные типы правопонимания по академику В.С. Нерсесянцу // Вестник Тамбовского университета. Серия Гуманитарные науки. 2010. № 7. С. 291. Надо отметить, что действительно в настоящее время школа юридического позитивизма существенно дополнена более поздними исследованиями, уточняющими подходы к соотношению права и закона, права и государства. См.: Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм. Автореферат дисс. ... кандидата юридических наук. М., 2014; Пищулин А.В. Юридический позитивизм в современном правопонимании. Дисс. ... кандидата юридических наук. М., 2010. По этой причине догматический подход мы не приравниваем к позитивистскому.

²⁰⁴ См.: История политической и правовых учений / Под ред. О.Э. Лейста. М., 2001. С. 486.

становятся его источниками. На этом основании исследователь затем выходит за рамки фактического материала, однако не путем политических, исторических или философских размышлений, а с помощью структурирующих понятий»²⁰⁵. Упорядочивание взаимосвязанных понятий – ключевой способ представления права и путь к созданию автономного дискурса и аргументации, достигший апофеоза в виде «Чистой теории права» Г. Кельзена²⁰⁶.

Формально-юридический метод используется всеми отраслевыми юридическими науками. В любой отрасли изучение действующих норм и институтов требует всестороннего правового анализа и синтеза в системном ключе. Использование формально-юридического метода позволяет получить знания о содержании норм, точном их значении, месте в системе регулирования, конструировать новые правовые понятия, систематизировать правовые явления и т. д.

Вместе с тем, можно обозначить некоторые особенности и сложности применения формально-юридического метода в науке конституционного права, определяемые чертами соответствующей отрасли. В рамках догматического подхода акцент делается на нормы, но нормы конституционного права имеют заметную специфику по сравнению с тем, что мы видим в иных отраслях. Как уже упоминалось, конституционно-правовые акты (конституции, но также и иные документы) часто содержат нормы общего характера, выражающие ценностные установки, призванные конфигурировать всю систему права, и рассчитанные на применение в самых разных ситуациях, не все из которых можно на рациональных началах спрогнозировать заранее. К числу отраслевых особенностей, с которыми сталкивается наука конституционного права, относится и свойство стабильности конституций (а в ряде случаев и органических законов), обеспечиваемое особым порядком принятия и изменения, и соответственно длительное их действие, даже в меняющихся

²⁰⁵ Фон Богданди А. Указ. соч. с. 44-45.

²⁰⁶ Там же. С. 45.

условиях. Складывающиеся эффекты этих особенностей требуют внимания при использовании формально-юридического метода в науке и одновременно ставят вопрос о его достаточности для понимания сути конституционно-правовых феноменов.

Так, в науке конституционного права должны быть задействованы все методы толкования норм, которые обычно ассоциируют с деятельностью органов конституционного контроля, но которые в действительности не ограничиваются «судебными комнатами» и должны быть доступны всему «открытому обществу толкователей конституции»²⁰⁷. И хотя сложно себе представить изучение юридических норм, существующих в известном государстве в данный момент, выяснение их содержания, раскрытие общих начал, лежащих в основе их, зависимость их между собой и сведение их в одну общую систему без применения грамматического (лексического) и систематического методов толкования, подразумевающих обращение также и к логическим приемам познания (все перечисленное в литературе относится обычно к догме права²⁰⁸), все же уже на этом этапе возникают вопросы относительно расширения круга подходов за счет исторического и телеологического толкования, означающих соответственно выяснение замысла создателей конституции, действовавших в определенных условиях, и целей принятия правовых норм. В обоих случаях речь идет о возвращении к «метаюридическим» принципам и идеям и, соответственно, выходе за рамки догмы права.

Помимо толкования формально-юридический метод включает в себя юридическую конструкцию, означающую «последовательное применение приемов юридического анализа (сведение юридического материала к простым элементам), логической концентрации материала вокруг центрального понятия

²⁰⁷ Хаберле П. Открытое общество толкователей конституции // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2003. № 1. С. 21-28.

²⁰⁸ См.: *Кокошкин Ф.Ф.* Лекции по общему государственному праву. М., 2004. С. 139.

и систематического расположения материала»²⁰⁹. Подчеркнем значение конструирования правовой материи как части именно научной деятельности, но, опять же, содержательные оценки и соответствующие предложения, направленные на совершенствование отрасли конституционного права, предполагают выход за пределы формально-юридического метода.

Отсюда возникает вопрос относительно потенциала формально-юридического метода для изучения конституционного права. Собственно, уже в рамках общей теории, то есть безотносительно задач конкретной отрасли, можно встретить разные оценки этого метода. С одной стороны, указания на то, что формально-юридический метод не сводится к комментированию действующих правовых актов, их толкованию и упорядочиванию, звучат очень многообещающе. Особенно это касается идеи, в рамках которой формально-юридический метод направлен на систематическое познание права, права как единого целого и его составных частей. Применение этого метода позволяет систематизировать весь правовой материал, выстраивая классификации правовых явлений на основе определенных принципов (критериев), а также осуществлять формально-логическую дедукцию отдельных правовых решений из общих установлений. По крайней мере в рамках некоторых представлений речь идет о развитии правовых институтов в соответствии с принципами, скрытыми в юридическом материале²¹⁰.

С другой стороны, можно встретить позиции, делающие акцент, скорее, на своего рода пределах догматического метода. В одной из работ С.А. Муромцева догма права определялась как «исследование какого-либо действующего права в интересах его применения на практике»; догматическое исследование, по его мнению, состоит из процессов описания, обобщения,

²⁰⁹ Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012. С. 302. См. также: Жуков В.Н. Юриспруденция как наука: возвращение к забытым истинам // Государство и право. 2017. № 9. С. 14 («Юридикологический анализ – это в первую очередь метод формально-логического конструирования действительности, во вторую – метод анализа позитивного права с целью извлечения из него системно организованных принципов и конструкций»).

²¹⁰ См.: Михайлов А.М. Указ. соч. С. 283-292.

определения и классификации²¹¹. Вопрос, однако, заключается в том, дает ли догматический подход представление о том, как именно следует выполнять соответствующие операции и должны ли они учитывать какие-то ценностные ориентиры, или указывает только на определенный (позитивистский, нормативистский, легистский²¹²) тип правопонимания.

Одно из ключевых замечаний (сформулированных в адрес юридического позитивизма) сводится к тому, что он не создает подлинной теории права. Не говоря уже о том, что индивид оказывается в подчиненном положении, «отказ от “оценочных суждений” и от философских подходов к праву выводил за пределы правоведения не только всю критику права, но и прогностический подход к самому праву, т.е. проблему его совершенствования и развития. Юридический позитивизм не мог дать ответа и на самый для него важный вопрос: как обеспечить законность (правомерность) правотворческой деятельности государства, если само оно сила, творящая право?»²¹³. Заметим, что это принципиальный вопрос именно для конституционно-правовой дисциплины.

Можно заметить развитие дискуссии в обозначенном ключе; в науке предприняты определенные попытки ответить на эти замечания. В рамках одной из «линий защиты» указывается на более широкий круг возможностей догматики. По словам Л.И. Глухаревой, «юридическая догматика, будучи частью юриспруденции, означает систему средств (дефиниций, конструкций и принципов), а также способов их применения (главным образом, формально логических), позволяющих в целях повышения практической эффективности предельно схематично и непротиворечиво систематизировать нормы действующего позитивного права»; по мнению данного автора, догматика (в значении юридической техники) «направлена на помощь и в наименьшей

²¹¹ См.: Муромцев С.А. Что такое догма права? М., 1885.

²¹² Обзор различных позиций о типах правопонимания см.: Сорокин В.В. Позитивистский подход к правопониманию: опыт, перспективы // Юридическое образование и наука. 2006. № 4.

²¹³ История политических и правовых учений. С.488.

степени на критику законодателя и правоприменителя в их деятельности по созданию и толкованию правовых норм»²¹⁴.

Однако, не отрицая возможностей догматики критиковать законодателя и правоприменителя с позиций схематичности и непротиворечивости, заметим, что никаких ценностных ориентиров здесь не открывается²¹⁵, что недопустимо для конституционного права. Не открывается здесь и пути установления закономерностей, причинно-следственных связей между явлениями. Как пишет В.Н. Жуков, «...цель догматики другая: изучив позитивное право, так его сконструировать, чтобы оно стало эффективным регулятором общественных отношений... Усилия юриста-догматика направлены не на изучение природы государства и права, а на выработку юридических конструкций, описывающих государство и право в юридических терминах»²¹⁶. Вопрос эффективности и непротиворечивости – деликатный, чтобы не сказать – коварный вопрос, поскольку оставляет не вполне понятным, как именно понимаются эти категории. Исторический опыт показывает возможность существования систем нормотворчества и применения, которые так или иначе справлялись с задачей регулирования общественных отношений, уничтожая при этом всякое представление о достоинстве личности, политическом плюрализме и конкуренции, независимости судебной власти и т.д. Конституционное право, как отрасль по своему объективному назначению ориентированная на

²¹⁴ Глухарева Л.И. Юридическая догматика и догматическое мышление в российской доктрине права // Вестник РГГУ. Серия Экономика. Управление. Право. 2017. № 4. С. 102-103. Более всего смущает попытка автора исследовать значение догматики «в силу наметившейся, с одной стороны, некоторой стабилизации правопорядка внутри России, с другой – хаотизации международных отношений» (с. 103). Подобное утверждение лучше всего показывает пределы догматики.

²¹⁵ «По версии легистского позитивизма, законы как соответствующую «реплику» законодателя можно только комментировать, но нельзя оценивать с позиции правовых ценностей и правовых принципов». См.: Баранов П.П. Легистский позитивизм в современной России // Северо-Кавказский юридический вестник. 2015. № 1. С. 10.

²¹⁶ Жуков В.Н. Юриспруденция как наука: возвращение к забытым истинам // Государство и право. 2017. № 9. С. 12.

выражение отношений власти и свободы, не может сводиться к вопросам непротиворечивости в конструировании норм, их систематизации и т.п.²¹⁷

Не случайно вторая линия работы с догматическими подходами пытается выйти за рамки собственно догматических подходов. По мнению И.Л. Честнова, догматичность вызывает обоснованную озабоченность, в числе проблем догматической юриспруденции – ее отрыв от насущных нужд практики, не критичный подход к формальным нормам законодательства, отчуждение человека от права²¹⁸. Приведенное замечание о не критичности по отношению к существующим формам права следует признать исключительно важным. Как ответ на сделанные замечания данный автор предлагает выход: формирование практически ориентированной антропоцентристской теории права, основанной на значении социальной (и правовой) реальности²¹⁹.

Нельзя сказать, чтобы это предложение было неожиданным или невыполнимым. Например, в конституционном праве позитивизм в социологической его интерпретации делает акцент на демократическое (в рамках реализации первичной учредительной власти народа, а не государства) принятие конституции, принципиальные положения которой могут выступать в качестве системообразующих конструкций догмы права, а равно и средством контроля (в определенном смысле - критики) всего правового порядка, который можно будет считать непротиворечивым только при условии соответствия конституционным положениям²²⁰. Конституционные принципы, таким образом,

²¹⁷ Более резкую позицию, в соответствии с которой «по своему объективному назначению» конституционное право должно обеспечивать нормальное правовое общение «прежде всего путем создания формально-юридических и институциональных гарантий свободы», и о его неисчерпанности юридической нормой, см.: Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993. С. 28.

²¹⁸ Честнов И.Л. Практическая, человекоцентристская юриспруденция – выход из тупика догматизации права // Энциклопедия права или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания / Отв. ред. В.Г. Графский. М.: Норма, 2013. С. 48.

²¹⁹ См.: Там же. С. 53.

²²⁰ О методологической проблеме соотношения типа понимания конституционного права и перспектив построения модели прав см.: Троицкая А. Основные права: происхождение, юридическая природа и пределы защиты // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 1. Обзор позиций см. также: Варламова Н.В. Принципиальное единство права и прав человека // Труды института государства и права Российской академии наук. 2018. № 4.

в силу своей ценностной ориентации выступают здесь как своего рода «прослойка» между философией права и юридической догматикой.

Вместе с тем, нетрудно заметить, что подобные предложения означают изменение понимания права, отказ от жестких конструкций юридического позитивизма в пользу социологических интерпретаций. Становится понятно, что догматический подход, ориентированный на придание ключевого значения системе официально действующих норм, отрыв права от всех иных социальных явлений и применение формально-юридического метода как основного метода познания, проблематичен именно из-за этих своих признаков.

Конечно, подобная проблематичность имеет значение для компаративистики. Когда речь идет о сравнении в конституционном праве, необходимо понимание того, под каким углом зрения будут исследованы подлежащие сравнению правовые институты. Соответственно, все приведенные рассуждения, которые могут быть отнесены к изучению какой-либо одной конституционно-правовой системы, также представляют интерес и в случае изучения с помощью сравнительного метода двух и более систем.

Как было показано, сравнительный метод в конституционном праве включает в себя ряд мыслительных операций, к центральной из которых относится выявление сходств и различий изучаемых объектов. В ситуации, когда такими объектами являются структурные единицы конституционно-правовой материи (нормы, институты независимо от того, как решается вопрос о правовых формантах, выражающих эти единицы), их первоначальное восприятие с очевидностью требует применения формально-юридического метода (будь то в рамках или за рамками догматического подхода). Формально-юридический метод сам по себе не может достигать и не достигает целей сравнения, но выступает необходимой предпосылкой для проведения сравнения.

Вопрос, однако, возникает относительно пользы использования формально-юридического метода и ее пределов.

Такую пользу нельзя отрицать. С опорой на формально-юридический метод исследователь действительно может не только изучить конституционно-правовые объекты по отдельности, но даже составить о них впечатление, достаточное для дальнейшего их сопоставления (что, кстати, само по себе не очевидно и, как минимум, требует внимания к логике и системе построения правового материала в разных государствах). В рамках догматического подхода компаративист сможет увидеть особенности структуры и содержания правовых норм, институтов, правовые концепции, стоящие за ними²²¹; сможет оценить полноту и последовательность регулирования тех или иных отношений в рамках своего рода сравнительного «законодательного правоповедения». Можно представить, что здесь открываются пути для получения на основе сравнения выводов информационной или классификационной направленности, что, безусловно, несет определенную ценность для науки.

Так, изучив законодательство о правовом иммунитете членов парламента в зарубежных странах, можно получить некоторое понимание сходства и разнообразия в вопросах объема, содержания и уровня правового гарантирования данного института. На основе соответствующей информации можно различать подходы к срокам действия иммунитета, механизмам его реализации, особенности действия в отношении уголовных и гражданских дел и т.д., что, безусловно, выводит имеющиеся представления за границы существования одного единственного варианта²²².

²²¹ *Pieters D. Functions of Comparative Law and Practical Methodology of Comparing // <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Functions%20of%20comparative%20law%20and%20practical%20methodology%20of%20comparing.pdf>.*

²²² См.: Российский и зарубежный опыт правового регулирования неприкосновенности членов Совета Федерации, депутатов Государственной Думы, судей Российской Федерации и иных лиц, обладающих особым статусом // Аналитический вестник Совета Федерации. 2016. № 4. С. 72-81. Как указывается в самом Вестнике, данный материал подготовлен Аналитическим управлением Аппарата Совета Федерации и наряду с иными материалами представлен по итогам круглого стола, проведенного совместно комитетами Совета Федерации по Регламенту и организации парламентской деятельности и по конституционному законодательству и государственному строительству, на котором «основное внимание было уделено вопросам, связанным с неоднозначным правовым регулированием указанного парламентского института, нечеткостью и “размытостью” принципиальных формулировок, противоречивостью норм действующего законодательства, а также предложениям по его совершенствованию».

Кроме того, догматический подход позволяет проводить сравнение на основе конституционно-правовых категорий (концептов): такие концепты строятся на основе изучения правовой материи различных государств, но затем могут служить нейтральной «точкой отсчета» для характеристики институтов, существующих в отдельных странах. Такая точка отсчета, с которой могут быть соотнесены реально существующие институты, создает необходимое пространство сравнения, общее для сравниваемых систем, и до некоторой степени позволяет избегать так называемого правового империализма, то есть оценки одной правовой системы с позиций другой системы. При этом сами концепты могут уточняться по итогам сравнительных исследований, что означает совершенствование понятийного аппарата науки и расширение знания об объектах изучения²²³.

Например, сопоставив положения конституций федеративных и региональных государств, которые касаются полномочий субъектов и автономных сообществ, можно заметить сходство их статуса в том, что касается распределения компетенции, обеспечивающих их политическую автономию (*self-rule*), и различия в части, относящейся к участию территориальных составляющих этих типов государств в функционировании общегосударственной власти (*shared rule*²²⁴) – автономные сообщества тут имеют гораздо более скромные возможности. С учетом позиции о том, что «с самой юридической природой федеративного государства» связано именно участие субъекта в формировании общей воли²²⁵, можно сделать вывод о принципиальной специфике региональных государств, сущностно отличающей их от федераций, не сводящейся к формальным положениям их конституций о единстве государства или нации (статья 5 Конституции Италии, статья 2

²²³ Описание «концептуального подхода», имеющего достаточно много общего с догматическим, хотя и не совпадающего с ним, см.: Brand O. Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies // Brooklin Journal of International Law. Vol. 32. 2007. No. 2. P. 436-439.

²²⁴ Терминология, позволяющая различать два вида полномочий субъектов федерации заимствована из работы: Elazar D. J. Exploring federalism. Alabama, 1987. P. 12, 33.

²²⁵ См.: Яценко А.С. Теория федерализма. Опыт синтетической теории государства. Юрьев, 1912. С. 338.

Конституции Испании) и предопределяющей выделение региональных государств в качестве самостоятельного вида политико-территориальной организации наряду с федеративными и унитарными государствами²²⁶.

Вместе с тем, важно понимать, что догматический подход дает мало возможностей для выхода за рамки констатирующего описания и формирования типологий, в том числе на основе аналитических моделей правовых явлений. Описания или типологии могут быть менее или более детальными и качественными, но одной только этой основы недостаточно для того, чтобы формулировать для конституционного права выводы, скажем, прескриптивного типа. Если в одном государстве существуют нормы, предусматривающие создание и функционирование конституционного суда, а в другом – нет, а вместо этого функционирует неспециализированный судебный конституционный контроль, то этого еще совершенно недостаточно для вывода о том, что одному из этих государств тоже необходимо ввести конституционный суд, или что другому, напротив, нужно прекратить его существование. Так, в одной из работ возможность упразднения Конституционного Суда РФ и передача функций конституционного правосудия Верховному Суду аргументировалась, среди прочего тем, что многие из европейских государств не имеют конституционных судов²²⁷. Нерелевантность такого аргумента, не учитывающего, что в случае, когда в конкретном государстве выбор в пользу конституционного суда по определенным причинам уже был сделан, и теперь для отказа от этого выбора требуется нечто большее, чем существование государств без конституционного суда, справедливо подчеркивается представителями конституционно-правовой

²²⁶ Воплощение строго догматического подхода к использованию сравнительного метода в конституционном праве см.: Троицкая А. Федерация и региональное государство: где проходит граница? // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 6. С. 27-37.

²²⁷ См.: Малько А.В., Давыдов П.А., Люкина О.В. Стратегия развития правосудия в Российской Федерации: проблемы теории и практики // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 3. С. 84-88. Подчеркнем, что это не был единственный аргумент; это, однако, не препятствует оценке его самостоятельной релевантности.

науки²²⁸. Собственно, непонимание пределов догматического подхода к сравнению в конституционном праве и попытки на скудной догматической основе делать выводы, в том числе связанные с прескриптивными положениями, на которые эта основа в принципе не рассчитана, приводит к реальной опасности манипулирования компаративистскими аргументами.

Иными словами, потенциал сравнительного метода, как было показано в первой главе работы, охватывает гораздо больше познавательных задач, чем может быть решено догматическим подходом, - к ним относится не только систематизация выявленных сходств и различий, но и формирование позиций прескриптивного типа, а также позиций, направленных на объяснение причин и целей существования конкретных правовых институтов. Догматический подход, «жесткая приверженность таксономии правовых систем»²²⁹ сами по себе дают мало возможностей для этого. Для таких задач конституционное право должно пониматься не только как совокупность определенных правил, но также как объект и результат общественного конфликта, взаимодействия, поиска баланса интересов; как культурное явление.

Такое понимание никак не отменяет значения систематизации²³⁰; ценность формально-юридического метода не отрицается в рамках других, помимо догматического, подходов. Но такое понимание говорит о необходимости возвращения к связи права и социальной среды его появления и действия. Для конституционного права принципиальным является как учет этой связи, так и отсутствие тождества между правом и законами, исходящими от государства. Это означает серьезное изменение круга объектов исследования и применение соответствующих научных методов, не сводимых к формально-юридическому.

²²⁸ См.: Кряжкова О.Н. Возможно ли упразднение Конституционного Суда Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4. С.63-64.

²²⁹ О распространенности такого подхода в XIX веке и сменившем его представлении о социальной укорененности права см.: Riles A. Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information // Harvard International Law Review. Vol. 40. 1999. P. 233.

²³⁰ См.: фон Богданди А. Указ. соч. С. 48.

Таким образом, альтернативные подходы к использованию сравнительного метода делают акцент на познании конституционного права не как системы, построенной в собственных категориях и максимально изолированной от внеправовых явлений, а как системы, определенным образом связанной с иными общественными явлениями. Вместе с тем, характер этих связей может быть понят различным образом.

1.2. Функциональный подход

Функционализм уже долгое время выступает как один из ключевых подходов к применению сравнительного метода в праве. Начальный период его становления связывают с 20-ми годами XX века, в 50-е и 60-е годы функционализм в сравнительном праве получил дополнительный импульс за счет влияния антропологического и социологического функционализма²³¹. Не смотря на свою влиятельность (а возможно, и из-за нее) функциональный подход к сравнению в последние годы был подвергнут критике. Следует учитывать, что наиболее фундаментальные разработки функционализма были ориентированы на задачи сравнения в частном праве; соответственно, необходимо уточнить, насколько эти разработки применимы для использования сравнительного метода в конституционно-правовой науке. Представим опорные моменты функционализма, встретившие самое серьезное (как позитивное, так и негативное) отношение со стороны компаративистов, а также пределы эвристической пользы сравнительного изучения с позиций функционализма именно конституционного права.

Исследователь, которого обычно относят к основоположникам функционального подхода, Э.Рабель, очень четко выразил мысль о том, что «сравнивать параграфы законов недостаточно»²³². Один этот тезис сразу дает заметное расширение научной программы по сравнению с догматическим

²³¹ См.: Riles A. Op. cit. P. 233.

²³² См.: Рабель Э. Указ. соч. С. 15.

подходом: «Закон без надлежащего судопроизводства, как скелет без мышц. А нервами являются господствующие научные мнения... А взять из этих источников мы должны жизнь, функции правовых конструкций»²³³. В рамках этой программы была заявлена попытка проникнуть под «поверхность» норм, к более конкретной области «феноменов» - сюжет, привлекавший много внимания в тот период времени и подтолкнувший создание влиятельных работ Эдмунда Гуссерля и Мартина Хайдеггера²³⁴.

В основе функционализма лежит ключевая инструментальная посылка – понимание права как средства, призванного дать ответ на определенные социальные нужды. Соответственно, при применении сравнительного метода необходимо исходить из того, что сравниваться должны правовые решения социальных проблем. По словам М. Райнштайна, «предполагается, что термин [сравнительное право] должен использоваться, чтобы обозначить такие подходы к научному изучению права, которые выходят за рамки таксономического или аналитического описания или технического применения одной или более систем позитивного права. Утверждение о том, что право – это средство социального контроля и организации, почти превратилось в общее место... Для правовой науки это подразумевает задачу исследования социальной функции каждой правовой нормы и каждого института»²³⁵. Это означает также линию демаркации между «обзорным» (*synoptic*) и функциональными типами исследования²³⁶.

К. Цвайгерт и Х. Кетц, авторы, сделавшие заметный вклад в обоснование и детализацию функционального подхода, обозначили связь между самим подходом и всей логикой сравнительного исследования: «Основным методическим принципом сравнительного правоведения, на котором зиждется

²³³ Там же. С. 16.

²³⁴ Об этой связи функционализма и феноменологии см.: Gerber D. *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language* // *Rethinking the Masters of Comparative Law* / ed. by A. Riles. Hurt Publishing, 2001. P. 202.

²³⁵ Rheinstein M. *Teaching Comparative Law* // *University of Chicago Law Review*. Vol. 5. 1938. No 4. P. 617.

²³⁶ См.: Gerber D. *Op.cit.* P. 218-229.

остальные элементы учения о методе – выбор права для сравнительного исследования, объем исследовательских работ, система понятий и т.д., - является функциональностью»²³⁷.

Таким образом, отправная точка сравнения – это не правовые нормы как таковые, а проблема, которую эти нормы призваны решить. Такая отправная точка нужна, чтобы исследование зарубежной системы не оказалось в плену понятий собственного правопорядка, и чтобы применительно ко всем изучаемым системам речь шла о функциональных эквивалентах, решающих определенную социальную проблему²³⁸. Общая социальная проблема выступает связующим звеном для сравниваемых правопорядков. В частности по этой причине, функциональный подход рассматривается как имеющий отчетливое преимущество перед догматическим подходом, в рамках которого можно было бы просто поместить рядом различные правовые нормы и прийти к выводу не более глубокому, нежели «эти правовые системы различаются, потому что они были введены различными государствами», что, конечно, было бы правильно, но самоочевидно и без сравнения²³⁹.

Уточним приведенную позицию – догматический подход, как мы видели, далеко не ограничивается такими простыми констатациями, а функциональный подход не отказывается от использования формально-юридического метода. Это, однако, не отменяет тезиса о пользе такого изучения права, которое основано на сочетании формально-юридического метода и представления об инструментальном действии правовых норм. Функциональный подход позволяет не только концептуализировать правовой институт в категориях его функции, но представить оценку, каковы последствия той или иной нормы для обозначенного социального интереса, насколько качественным является то или

²³⁷ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 38.

²³⁸ См.: Husa J. Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? // *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. 2003. No. 3. P. 423.

²³⁹ См.: Valcke C. Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 52. 2004. No. 3. P. 730-731.

иное решение в проекции определенной социальной задачи²⁴⁰. Но все же ключевая идея функционального подхода, когда речь идет о сравнении, – изначальное средоточие внимания на решаемой социальной задаче, и уже в соответствии с выделенной задачей происходит определение релевантных норм.

Функциональный подход «фокусируется не на нормах, а на их эффектах, не на доктринальных структурах и аргументах, а на событиях»²⁴¹. Такое смещение фокуса научного подхода отражает смещение акцентов в понимании смыслов изучения права по сравнению с догматическим подходом – в центре внимания находится не «право в книгах» (*law in books*), а право в действии (*law in action*). Отдельный вопрос возникает, насколько это допустимо для правового исследования и не размывает ли его границ²⁴²; все же можно предположить, что критической подмены объекта исследования не происходит, поскольку социальная функция правовых норм, институтов выступает в качестве основания сравнения (*tertium comparationis*), а объектами сравнения остаются все же правовые явления, хотя и взятые в социальном своем измерении.

Из изложенного становится понятно и еще одно базовое предположение функционализма – о существовании одних и тех же проблем, которые призваны решить институты права; во всяком случае, утверждается, что вопрос исследования должен формулироваться таким образом, чтобы указывать на социальную задачу, которая так или иначе решается в сравниваемых системах²⁴³. Это позволяет сказать, что в основе своей функциональный подход

²⁴⁰ См.: Siems M Comparative Law. Cambridge University Press, 2014. P. 26-27.

²⁴¹ Michaels R. The Functional Method of Comparative Law // The Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford University Press, 2008. P. 342.

²⁴² В несколько трансформированном виде вопрос связан с тем, можно ли в этом случае вообще разграничить право и социальные факты. См.: Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford, 2014. P. 80.

²⁴³ «Если компаративист... “ничего не находит” в иностранном праве, то это означает лишь, что он должен еще раз обдумать первоначально поставленную задачу и абстрагироваться от мешающих ему, вьезшихся в сознание понятий права своего государства». См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 39.

дает ответ на следующий вопрос: какой институт в системе В выполняет ту же функцию, что и исследуемый институт системы А?²⁴⁴

Авторы первоначального обоснования функционального подхода были сосредоточены на частном праве. Однако будучи в принципе ориентирован на мезо- и микросравнение, подход до определенной степени применим и к публично-правовым нормам и институтам. Конституционно-правовые нормы, определяясь специфическими чертами конкретного социального порядка, в то же время призваны исключать или поддерживать эти черты или их изменение, что позволяет говорить об изучении конституционного права с функциональной точки зрения²⁴⁵. Для конституционного права в рамках функционализма предполагается существование задач, которые так или иначе решают все государства. Как будет показано далее, эта идея имеет пределы, но многие исследования подтверждают, что даже уже сами тексты конституций рассматриваются как функциональные документы, подтверждающие возможность использования соответствующего подхода. В подавляющем большинстве из них можно увидеть отражение вопросов, нуждающихся в решении, и собственно решение (положение человека в обществе и государстве; соотношение права и государства, а в ряде случаев и определение роли идеологии, не совпадающей ни с правом, ни с государством; порядок управления делами государства, в том числе – необходимость организации и функционирования разных элементов власти, территориальное устройство и т.д.²⁴⁶). Конечно, такое содержательное пересечение позволяет ученым выделять социальные функции в качестве критерия сравнения, сравнивать различные институты, а также доктрины конституционного права с точки

²⁴⁴ См.: Örüçü E. Methodology of Comparative Law // Elgar Encyclopedia of Comparative Law / Ed. by J.M. Smits. Cheltenham, 2006. P. 443; Samuel G. Op. cit. P. 65.

²⁴⁵ См.: Hirschl R. Editorial // International Journal of Constitutional Law. Vol. 11. 2013. No.1. P. 2-5.

²⁴⁶ Конституции последнего поколения дополнительно расширили предмет своего регулирования – привычными становятся нормы, составляющие «экономическую конституцию», или регулирующие социальные (в узком значении) отношения между различными группами. См.: Чиркин В.Е. Конституция: российская модель. М., 2002. С. 34-35.

зрения выполнения ими обозначенной функций и оценивать их в категориях «сильных сторон», «преимуществ», «рисков» и т.д.²⁴⁷

Добавим, что эта схема имеет уже ту сильную сторону, что позволяет также критически относиться к выбору объектов сравнения и минимизирует риски случайных или манипулятивных аргументов при обосновании необходимости или допустимости некоторого правового решения в сравнении с зарубежными, что особенно актуально для тесно связанного с политикой конституционного права. Возьмем для примера нормы, регулирующие срок полномочий главы государства. Следуя функциональному подходу, нужно понимать, что соответствующие числа – это не просто числа, которые можно уточнять или корректировать, не затрагивая «политическую и правовую сущность существующих институтов»²⁴⁸. Эти числа – важная составляющая механизма ограничения власти президента²⁴⁹, и с учетом этой функции следует анализировать и их, и все, что с ними происходит. Если в смешанной форме правления происходит (пере)оценка оптимальности существующего срока, то учитываться должны не только соображения стабильности и «достаточности времени» для показа практических результатов работы²⁵⁰, но и конструкции сменяемости власти (как социальная функция норм о сроке полномочий), особенно с учетом политического положения главы государства в конкретной системе разделения властей. При таком подходе, прежде чем вносить предложения об увеличении срока полномочий главы государства в полтора раза, можно увидеть эквивалентные нормы других смешанных республик (в том числе тех из них, где произошло, напротив, сокращение предельного

²⁴⁷ См.: Jackson V.C. Comparative Constitutional Law: Methodologies // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. P. 62-66.

²⁴⁸ Тезис о «корректировке» см.: Послание Д.А. Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации, 5 ноября 2008 года // <http://kremlin.ru/events/president/transcripts/1968>

²⁴⁹ См.: Нуссбергер А. Ограничения президентской власти в посткоммунистических странах // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 5. С. 54; Троицкая А.А. Конституционализм: перспективы развития в России // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 6.

²⁵⁰ Соответствующий аргумент выступил в роли ключевого при обосновании необходимости увеличения срока полномочий Президента РФ с четырех до шести лет в 2008 году. См.: Там же.

времени пребывания в должности президента²⁵¹) и оценить, какое регулирование в большей степени соответствует своим целям; что же касается некоторых государств с парламентарной формой правления, где глава государства действительно имеет внушительную продолжительность полномочий, то в этом случае функциональным эквивалентом будет не норма о президентском сроке, а нормы, закладывающие основу для сменяемости у власти главы правительства, выполняющего те же задачи определения направлений внутренней и внешней политики, что глава государства в смешанных республиках – периодичность избрания палаты парламента, в чьей компетенции находится процедура инвеституры, правила выражения недоверия, отставки правительства, роспуска парламента. Подобные же примеры могут быть приведены в отношении других положений конституционного права.

Во всех случаях суть в том, что социальная функция, в отличие от формальных названий конституционно-правовых институтов, пересекает границы государств, а функциональный подход дает своего рода средство контроля того, что «яблоки не сравниваются с апельсинами»²⁵², или хотя бы того, что на этой основе не делаются такие умозаключения, какие могут быть сделаны только на основе сравнения «яблок с яблоками». Использование функциональных категорий уменьшает риск предвзятого отбора объектов под желаемые выводы.

В одной из очень заметных работ автора, достаточно критически настроенного в адрес отсутствия полноценной теории функционального метода, подчеркивалось, что этот подход охватывает много разных идей, сопряженных с функциональностью – финализм (в значении аристотелевской идеи конечной причины), инструментализм, эквивалентность,

²⁵¹ Во Франции в 2000 году срок полномочий Президента была сокращен с семи лет до пяти.

²⁵² См.: Valcke C., Grellette M. Three Functions of Function in Comparative Legal Studies // *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoecke* / Ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, 2015. P. 102-103.

эпистемологический функционализм и др., при том, что на практике компаративисты следуют каким-то идеям из этого набора, не всегда аргументируя их релевантность для своих исследований²⁵³. Приведенные данным автором примеры не позволяют отрицать справедливость заявленного им обстоятельства. Оно, однако, не отменяет того, что функционализм (именно как подход, а не конкретный метод) представляет собой не точную теорию функциональности, а, скорее, интеллигибельную схему (*scheme of intelligibility*), отражающую определенное понимание права и обозначающую движение мысли при применении сравнительного метода: норма своей системы – функция этой нормы – способ осуществления той же функции в другой системе – норма в другой системе – сравнительный вывод²⁵⁴. Оговорившись, что в сравнении не обязательно участвует именно «своя система» (это могут быть и два зарубежных конституционных порядка), признаем все же справедливость идеи о том, что такая схема связывает правовые объекты с их практическими целями²⁵⁵ и, что особенно важно, позволяет не только идентифицировать цели существования норм, но и оценивать сами цели и то, насколько хорошо нормы, преследующие одну и ту же цель, справляются с нею²⁵⁶. Здесь с очевидностью открываются пути для исследования права в прескриптивном, а не только дескриптивном ключе.

Отсюда становится понятна связь применения сравнительного метода (в рамках функционального подхода) и экономической школы, в рамках которой право рассматривается не только как отражение определенных экономических условий, но и как их причина, и методы которой позволяют просчитать различные эффекты правовых норм. Тот факт, что в последние десятилетия разработки экономической теории успешно применяются для предсказания «поведения в области общественных отношений, непосредственно не

²⁵³ Michaels R. Op.cit. P. 345-360.

²⁵⁴ См.: Samuel G. Op. cit. P. 68.

²⁵⁵ Ibid. P. 65.

²⁵⁶ См.: Gordley G. The Functional Method // Methods of Comparative Law / Ed. by P.G. Monateri. Cheltenham, Northampton, 2012. P. 109.

связанных с экономикой»²⁵⁷ позволяет продуктивно дополнять рассмотрение нормы права как инструмента выполнения определенной функции идеями влияния норм права на модели человеческого поведения. В конечном счете, то, насколько правовые нормы ориентированы на конкретную функцию и могут успешно с ней справляться, может быть просчитано с учетом понимания реальных последствий их действия, а это, в свою очередь, требует понимания связи между правовыми нормами и выбором людьми стратегии поведения (при том, что существует целый ряд исследований, показывающих устойчивые отклонения поведения людей от рационального выбора²⁵⁸). Подробнее анализ взаимосвязей сравнительного метода в конституционном праве и экономического анализа права будет показан ниже, в контексте междисциплинарных подходов к изучению конституционно-правовых феноменов, но здесь важно подчеркнуть, что такая связь есть и в рамках функционализма: по сути, подход, обозначаемый как «сравнительное право и экономика»²⁵⁹ «радикализирует» функционализм в том смысле, что фокусируется только на одной функции – эффективности норм или институтов²⁶⁰. Больше того, экономический функциональный подход и его диалог с экономической литературой рассматривается как способный «составить альтернативу холистическому и квази-мистическому способу, которым некоторые сравнительно-правовые труды говорят о культурах и традициях как духовных сущностях, трудных для описания и непроницаемых для оценки»²⁶¹.

Несмотря на уверенные позиции, долгое время занимаемые функциональным подходом, нужно остановиться и на критических замечаниях,

²⁵⁷ О расширении сферы применения экономической теории см., напр.: Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 29.

²⁵⁸ Caterina R. Comparative Law and Economics // Elgar Encyclopedia of Comparative Law / Ed. by J.M. Smits. Cheltenham, 2006. P. 167-168.

²⁵⁹ См.: Mattei U. Comparative Law and Economics. Ann Arbor, 1997.

²⁶⁰ См.: Brand O. Op. cit. P. 423-424; Ewald W. Posner's Economic Approach to Comparative Law // Texas International Law Journal. Vol. 33. 1998. P. 381-386.

²⁶¹ Ibid. P. 170.

звучащих в его адрес, не подрывающих его сути, но показывающих своего рода пределы его эвристически полезного использования, во всяком случае в науке конституционного права с его весьма специфическими объектами исследования.

Во-первых, само по себе базовое предположение о том, что в различных системах возникают одни и те же социальные проблемы, требующие правового ответа, далеко не так бесспорно, как может показаться на первый взгляд. Даже безотносительно именно конституционно-правовой науки здесь есть тонкость. По сути, речь идет о том, что этот тезис, сформулированный первоначально, по всей видимости, индуктивным путем на основе (недостаточного) фактического материала, становится впоследствии обобщенным утверждением, дедуктивным путем превращаемым в общую методологическую посылку²⁶². Применительно к конституционному праву тезис об универсальном характере задач, стоящих перед создателями правовых норм, выглядит тем более проблематичным. Если считать верным утверждение о том, что «каждое государство имеет дело с набором проблем, которые в общем виде похожи»²⁶³, то обратить внимание нужно не только на «похожесть», но и на уточнение – в общем виде (*in a general way*). Если же брать не «общий вид», то картина будет нуждаться в уточнениях.

Как показывает практика²⁶⁴, в конституционном праве любые нормы, в том числе экспрессивные, могут иметь инструментальное значение. Однако являются ли решаемые с их помощью социальные задачи одинаковыми – это вопрос, утвердительный ответ на который, по-видимому, может быть дан, но при условии обоснования в каждом конкретном случае. На самом деле, это

²⁶² См.: van Reenen T.P. Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (1): the Nature and Role of the Tertium Comparationis // The Comparative and International Law Journal of Southern Africa. Vol. 28. 1995. No. 2. P. 190.

²⁶³ Glendon M.A. Rights in Twentieth-Century Constitutions // University of Chicago Law Review. Vol. 59. 1992. No. 1. P. 535.

²⁶⁴ Обзор решений см.: Троицкая А., Храмова Т. Основы основ: экспрессивный и функциональный потенциал конституционных устремлений // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1. С. 54-79.

вполне возможно, потому что функционализм не требует, чтобы все социальные проблемы были одинаковыми во всех юрисдикциях. Тут ожидается только то, что с одинаковой проблемой, взятой за основу в конкретном исследовании, столкнулись те юрисдикции, которые включены в исследование²⁶⁵; все же сам этот факт должен не подразумеваться, а быть показан.

Безусловно, в некоторых случаях, совпадение задач основано на том, что эти задачи вытекают из некоторых общих (разделяемых в разных обществах) фундаментальных конституционных идей. Как видно из приведенного выше примера, идея демократии подразумевает существование норм, нацеленных на создание механизма сменяемости власти. Однако фундаментальные конституционные идеи могут получать очень разную содержательную конкретизацию в разных государствах, поэтому за функциональной эквивалентностью норм, изучаемых в рамках микросравнения, все равно нужно следить. С очевидностью, одного только указания не только на демократический режим, но даже и республиканскую форму правления недостаточно для того, чтобы делать выводы относительно перспектив сменяемости власти, поскольку некоторые республиканские конституции не имеют достаточных гарантий сменяемости высших должностных лиц в государстве²⁶⁶.

Скажем так – для конституционного права здесь обнаруживает себя проблема уровня обобщения. Решаемые конституционным правом задачи можно сформулировать универсальным образом на достаточно высоком уровне абстрагирования. Так, можно сказать, что в любом государстве требуется урегулировать межнациональные отношения с целью сохранения социального мира, минимизации конфликтов на национальной почве и т.д.. Вместе с тем, сказать, что это будет одинаковая задача для обществ с несовпадающими

²⁶⁵ См.: Valcke C., Grellette M. Op. cit. P. 105.

²⁶⁶ Самые характерные примеры – те страны, конституции которых (как в Беларуси или Китае) изначально имели соответствующие ограничения, но в результате поправок были устранены.

ключевыми характеристиками национальной структуры общества, различным историческим опытом взаимодействия национальных групп, отличающимися приоритетами политики, - означает потерять слишком много оттенков, имеющих значение для создания, функционирования и понимания соответствующих конституционно-правовых институтов, существующих в разных государствах.

Например, можно заметить внимание к регулированию межнациональных отношений создателей Конституции Венгрии 2011 года и Конституции Боснии и Герцеговины 1995 года, но никак нельзя сказать, что «отцы-основатели» этих конституций решали при этом одни и те же социальные задачи. Условия принятия двух конституций объясняют, почему они рассказывают более сложные истории, нежели истории признания сосуществования лиц разной национальной принадлежности и их равноправия и защиты. Так, в отдельных формулировках преамбулы (Национального символа веры) Конституции Венгрии заметно некоторое противопоставление титульной и иных наций, выражаемое разными указаниями, «мы» и «они»: «Мы, представители венгерской нации... заявляем о нижеследующем», «проживающие с нами народности являются частью венгерской политической жизни и государствообразующим фактором», «обещаем беречь... языки и культуру проживающих в Венгрии национальностей». По словам одного из критически настроенных комментаторов, здесь проявляет себя односторонняя идеологизированность, тем более рискованная, что преамбуле придана юридическая сила: «хотя представители меньшинств являются носителями всех политических прав, а также щедро отмеренных, пусть и туманно сформулированных прав меньшинств, символически они исключены из рядов коллективного конституционного законодателя и состава важнейшего конституционного идеала, что проблематично с точки зрения теории

конституционной демократии»²⁶⁷. По сути, недостаточно «инклюзивные» формулы показывают, что национальный вопрос здесь представляет собой дополнительный узел идеологического выбора правящей партии в пользу консервативной ценности «этнонации» (наряду с семейными и религиозными ценностями)²⁶⁸. Что же касается исключительно специфических положений Конституции Боснии и Герцеговины (закрепляющих не только создание нетривиальной по структуре федерации, но и формирование центральных органов власти на основе представительства трех государствообразующих наций – сербов, хорватов и боснийцев, а также права вето на принятие решений у представителей каждой из трех наций), то они являются примером попытки разрешить острейшие межнациональные противоречия²⁶⁹. С политической и правовой точек зрения эта модель государственности оценивается крайне неоднозначно – в ряде случаев она рассматривается как консервирующая национальный раскол, делающая перспективы дальнейшего существования государства туманными и кроме того, - нарушающая принцип равноправия в том, что касается возможностей реализации пассивного избирательного права граждан независимо от национальной принадлежности²⁷⁰, но, с другой стороны, - эта модель, безусловно, внесла вклад в прекращение кровопролитной межэтнической войны и как таковая неотделима от недавнего прошлого государства²⁷¹. В обоих приведенных примерах функциональная постановка вопроса для сравнения потребует большой нюансировки.

²⁶⁷ Кюппер Г. Конституционное развитие в Венгрии в 2011–2013 годах: конец демократии всё ещё за горами, но горы стали чуть ниже // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 5. С. 60-61.

²⁶⁸ См.: Смул П. Конституционные изменения и конституционная реальность в Венгрии // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 5. С. 34. Критические замечания см. также: Opinion on the new Constitution of Hungary, adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011) // [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e).

²⁶⁹ См.: Пономарева Е.Г. Новые государства на Балканах. М., 2010. С. 77-78.

²⁷⁰ См.: *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*. Judgment of 22 December 2009. App. No 27996/06 and 34836/06.

²⁷¹ См.: *Ibid*, Judge Bonello, dissenting.

Похоже, что когда в рамках функционализма ставится вопрос о сходствах, в действительности применительно к конституционному праву речь идет о гораздо более фундаментальной проблеме – проблеме перестановки местами интересующих нас научных вопросов и подходов к методу, с помощью которых мы можем найти ответ на эти вопросы. Даже если с самого начала проблема ставится так, чтобы целесообразно было решать ее с помощью сравнительного метода, это еще не означает, что уровень детализации вопроса и нюансы конституционно-правового регулирования должны быть принесены в жертву функционализму. «Если право рассматривать с функциональной точки зрения, то обнаружится идентичность юридических проблем в каждой стране. Такой подход можно применить к правопорядку любой страны мира, даже к странам с различным социально-политическим строем и к странам, находящимся на разных ступенях социально-экономического развития»²⁷² - это очень серьезное утверждение. Фактически здесь можно увидеть риск искусственного домысливания идентичности юридических проблем ради того, чтобы иметь возможность рассматривать их с функциональных позиций. Иными словами, изучаемый объект уже не просто выбирается с пониманием применяемого метода изучения, а «подгоняется» под метод изучения, что не то же самое и выглядит сомнительным (подробнее о проблеме сходств и различий социальных проблем и правовых решений в конституционном праве см. также § 2 настоящей главы).

Во-вторых, вызывает вопросы перспективы «нейтрального» исследования, исследования, не привязанного к привычным понятиям конкретного правопорядка, - во всяком случае в конституционно-правовой сфере. Большая часть понятий и концепций конституционного права является изначально ценностно нагруженной. Собственно, и институты в конституционном праве часто не являются нейтральными; напротив, многие из них призваны выразить определенную систему ценностей. Например, в

²⁷² Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 53.

сравнительных исследованиях, посвященных публичным мероприятиям, нормативное регулирование и правоприменение анализируются обычно с позиций того, насколько они обеспечивают возможность трансляции различных идей при сохранении прав других лиц и общественного порядка²⁷³. При этом демократические идеалы участия граждан (в том числе настроенных оппозиционно) в управлении делами государства, плюрализма мнений, политической конкуренции, насущность протестных отношений в конкретном обществе и т.д. могут быть не обозначены прямо, но от этого они не перестают быть основой исследования.

Больше того, в конституционном праве во многих ситуациях может оказаться весьма затруднительно определить функциональную составляющую правовых норм в категориях, свободных от сделанного в рамках определенной правовой системы фундаментального идеологического выбора (относительно базового предназначения конституционного права). Скорее даже наоборот, значение приобретает именно ценностная система, на основе которой концептуально и социологически определяется функциональная задача сравниваемых правовых институтов²⁷⁴. Например, крайне проблематичными представляются выводы о принципиальном сходстве положений ч. 3 ст. 17 Конституции РФ («осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц») и ч. 2 ст. 39 Конституции СССР («использование гражданами прав и свобод не должно наносить ущерб интересам общества и государства, правам других граждан»)²⁷⁵ без учета различающихся ценностных установок двух текстов.

²⁷³ См., напр.: Бланкенгагель А., Левин И. Свобода собраний и митингов в Российской Федерации – сделано в СССР?: «Лучше мы не можем» или «По-другому не хотим»? // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 2; Храмова Т.М. Небезопасная свобода: о пределах ограничений свободы собраний в целях охраны общественного порядка и безопасности // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3.

²⁷⁴ См.: van Reenen T.P. Op. cit. P. 190.

²⁷⁵ См.: Белов С.А. Ценности российской Конституции в тексте и в практике его толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4. С. 76. Критика позиции см.: Троицкая А. Ценности российской Конституции: эффект наблюдателя? // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4. С. 90.

В-третьих, функциональный подход, как представляется, не вполне учитывает, что конституционно-правовые нормы могут быть созданы не обязательно по социальному запросу. Здесь имеет место своего рода когнитивное заблуждение: если норма или институт имеют определенный эффект для общества, то базовое предположение состоит в том, что именно для достижения этого эффекта они и были созданы. Это, однако, не обязательно так. Выявленный эффект может быть не целенаправленным, а побочным. Нормы могут быть созданы по узкополитическим, конъюнктурным и даже чисто техническим причинам²⁷⁶. Больше того, они могут быть при этом совершенно неэффективны с точки зрения достижения значимых социальных целей. Какая функция стоит за выбором конкретного числа конституционных судей? Есть исследования, в которых анализируется, какое количество судей органа конституционного контроля является оптимальным для того, чтобы по возможности изолировать влияние на итоговое решение предпочтений каждого из них в отдельности²⁷⁷. Вместе с тем, далеко не очевидно, действительно ли нужно стремиться к такой цели, или более компактный по численности суд (или палата в составе суда) с неразмытыми позициями отдельных его судей, сможет выступить в системе разделения властей как более мощная структура²⁷⁸. Кроме того, практике известны случаи манипулирования правилами о численности судей со стороны политических ветвей власти²⁷⁹. Таким образом,

²⁷⁶ van Reenen T.P. Op. cit.. P. 184.

²⁷⁷ См.: Ильин А. Об одной эвристической точке зрения, касающейся сходства прямого конституционного и административного судебного нормоконтроля // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4. С. 44-45.

²⁷⁸ Так, в составе Федерального конституционного суда ФРГ 16 судей, но заседают они строго двумя палатами по 8 человек. Интересно сравнить это правовое решение с решением, принятым в России, когда разделение Конституционного Суда на две палаты (10 и 9 человек) было упразднено. По всей видимости, неслучайно возникает вопрос о возможной заинтересованности законодательной и исполнительной власти в подобном решении, хотя В.Д. Зорькин приводит иные аргументы. См.: Актуальные проблемы деятельности Конституционного Суда РФ: вопросы и ответы. Выступление Председателя Конституционного Суда РФ //

<http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=74>

²⁷⁹ См.: Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016) // [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001-e).

есть риск, что попытка провести сравнение правовых явлений на основе их функциональной составляющей в таких случаях не будет рациональной изначально и не приведет к корректным результатам.

В-четвертых, центральное положение в исследовании сформулированной общей функции правовых институтов имеет неочевидное, но важное последствие – внимание исследователей к похожим конституционно-правовым институтам, институтам, функционирующим в обществах со сходным уровнем развития и с близкими взглядами на постановку задач для права. «Похожее должно сравниваться с похожим; сравниваемые концепции, нормы или институты должны относиться к одному этапу правового, политического и экономического развития»²⁸⁰. Это будут, безусловно, полезные исследования, но они рискуют оставить мало места для изучения менее привычных институтов с отличающимся социальным значением²⁸¹, институтов, дающих новые ответы на неожиданные вопросы. Не берясь судить, насколько это проблематично для частного права, заметим, что в конституционном праве вариативность правовых форм велика, и акцент на общие функции приводит к некоторым затруднениям методологического характера (сужение географии²⁸², ограниченный круг вопросов исследований²⁸³ и т.п.) и потере анализа потенциально интересных явлений конституционно-правовой реальности.

Наконец, один из ключевых пределов функционального подхода, как и в случае с догматическим, касается того, каких целей с его помощью можно

²⁸⁰ Gutteridge H.C. *Comparative Law*. Cambridge, 1946. P. 73. Обращают на себя внимание критические замечания, адресованные данным автором некоторым работам Монтескье: по мнению Гаттериджа, от ситуативных экскурсий в экзотические поля исследования не стоит ждать реально значимых выводов.

²⁸¹ См.: Banakas E.K. *Some Thoughts on the Method of Comparative Law: the Concept of Law Revisited* // *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Vol. 67. 1981. No. 3. P. 290.

²⁸² См.: Chang W.-Ch., Thio L., Tan K., Yeh J. *Constitutionalism in Asia. Cases and Materials*. Oxford and Portland, Oregon, 2014. P. 4. Авторы сборника особенно сетуют на то, что «многие исследователи, занимающиеся сравнительным конституционным правом, рассматривают конституционализм как категорию, охватывающую только либеральные демократические идеалы... Государства, не имеющие признанных демократических институтов, независимых судов и надежной конституционной культуры, не заслуживают включения [в исследования]».

²⁸³ См.: Saunders Ch. *Comparative Constitutional Law in Courts: Is There a Problem?* // *Current Legal Problems*. Vol. 59. 2006. No. 1. P. 123.

достичь, и каких целей достичь нельзя. В связи с этим надо обратить внимание на то, что выстраиваемая основоположниками данного подхода схема применения сравнительного метода включает в себя только определение социальной проблемы, выбор сравнимых систем и источников знания, создание системы собственных понятий как инструмента сравнения и критическую оценку результатов сравнения²⁸⁴. Заметно, что в этом ряду не присутствует, по крайней мере, не содержится в явном виде элемент, связанный с объяснением выявленных сходств и различий. Некоторые авторы, правда, оценивая функционализм весьма оптимистично, пишут о том, что схема функционального подхода включает в себя «новый угол зрения, с которого можно было бы рассматривать объяснения различий и сходств, обнаруженных в исследовании», впрочем, уточняя, что это требует выстраивания системы, позволяющей проводить сравнение²⁸⁵. Однако в действительности собственная система сравнения ориентирована в основном на поиск системы понятий, которые были бы применимы к сравниваемым системам и которые таким образом делали бы возможным сравнение; возможностей выстраивания причинно-следственных связей здесь не усматривается по следующей причине.

В отличие от догматизма, функционализм связывает право с социальной средой, но делает это, если можно так сказать, односторонним образом – показывает, каким образом право влияет на решение социальных проблем, но не показывает, какие еще факторы, кроме стремления решать определенную социальную задачу, повлияли на становление права. Конечно, можно было бы сказать, что сама социальная задача – уже результат и точка пересечения всех условий жизни данного общества и для ее понимания нужно входить в области экономики, социологии и политической науки; но было бы преувеличением полагать, что функционализм напрямую нацелен на отслеживание всех процессов, которые привели к появлению той или иной нормы. Функционализм

²⁸⁴ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 37-54.

²⁸⁵ См.: Husa J. Farewell to Functionalism. P. 425.

«дает мало информации о динамике системы. [Он] не спрашивает, как система развивалась со временем и какие факторы повлияли на изменение... Также продуцируемое знание переносимо в минимальной степени. [Функционализм] не обеспечивает и не использует языка, который был бы направлен на перенос информации об изучаемых объектах»²⁸⁶.

Иными словами функциональный подход позволит конституционалистам основательно учитывать, возможно даже несколько преувеличивая, влияние права на общественную среду, но в меньшей степени принимает во внимание обратное влияние среды на действие права. Неудивительно, что, говоря о сходстве решаемых правом социальных задач, функционалисты приходят к выводу и о феномене одинакового решения одних и тех же жизненных проблем разными правовыми порядками, несмотря на все различия в «историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функционирования»²⁸⁷. Критически значимо, однако, то, что сразу же звучит и противоположная идея – о том, что «некоторые области социальной жизни находятся под столь сильным влиянием национально окрашенных моральных и нравственных ценностей, уходящих корнями в религиозное представление и исторические традиции развития культуры или в характер наций, что порождаемые этими социальными факторами различия не могут создать благоприятную почву для развития в разных правовых порядках совпадающих правовых норм»²⁸⁸. Это обстоятельство подчеркнуто, но в нем мы можем видеть только лишнее подтверждение того, что для понимания всех сходств и особенно различий конституционно-правовых идей, норм и практик, и тем более – для понимания перспектив переноса конституционно-правовых институтов, необходимо подключать к задаче более широкий контекст функционирования норм.

В науке существуют позиции, представляющие собой реакцию на приведенные соображения. Обобщенно их можно представить в рамках

²⁸⁶ Gerber D. Op. cit. P. 206.

²⁸⁷ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 43.

²⁸⁸ Там же.

исследования культурологического подхода – его сути и изучения степени его релевантности для науки конституционного права.

1.3. Культурологический подход

Начиная с 50-х годов XX века социальные науки, и правовая наука в том числе, осуществляют разворот от материализма и универсализма к культурологическим подходам («культурный поворот», ставший частью постмодернистской парадигмы)²⁸⁹. В рамках этих подходов право уже не рассматривается как технический инструмент, призванный выполнять определенные функции; право рассматривается как одна из сфер культуры: «...право может иметь свою историю, терминологию и личный состав. Но... право не существует в изоляции. Чтобы понять, как консолидируется и существует культура, нельзя не учитывать право; чтобы учитывать право, нельзя не рассматривать его как часть культуры»²⁹⁰. В юридической компаративистике культурологический подход становится особенно заметен во второй половине 90-х годов.

Поскольку конституционное право как отрасль имеет более тесные, нежели иные отрасли, связи с культурной средой (особенно, хотя и не только, с политической сферой жизни общества), имеет смысл подробнее разобраться с тем, какие пути познания права предлагает культурологический подход, с тем, чтобы далее показать применимость соответствующих позиций для развития конституционно-правовой науки в компаративном ключе.

Для целей настоящей работы особенно важно, что внутри подхода, призывающего изучать право в более широком культурном контексте, обосновано различие аналитического и холистического направлений²⁹¹. Насколько глубоким должно быть погружение в культурную среду,

²⁸⁹ См.: Siems M. Op.cit. P. 101.

²⁹⁰ Rosen L. Law as Culture: An Invitation. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006. P. 4-5.

²⁹¹ Впечатляющий анализ сути и специфики этих направлений и особенностей познания в рамках каждого из них см.: Слыщенко В.А. Сравнительное право и культура: размышления о культурном измерении правопорядка // Правоведение. 2014. № 2.

окружающую, предопределяющую конституционное право и испытывающую его влияние? Можно ли считать реалистичным стремление исследовать конституционное право различных стран с позиций «внутреннего наблюдателя»?

Аналитическое течение основывается на метафоре «порядок из шума», связывающей открытость и закрытость систем: операционно закрытая система использует события внешней среды как пертурбации, чтобы выстроить или изменить свои внутренние структуры²⁹². Соответственно, аналитическое течение отделяет правовую культуру от иных культурных явлений, рассматривая ее как относительно автономную систему, испытывающую влияние со стороны иных составных частей общественной жизни, но способную к трансформации внешнего воздействия в собственный внутренний (юридический) порядок: «Характерное для культурологической компаративистики рассмотрение правового регулирования как отражения культуры данного общества сочетается здесь с обособлением юридической системы от других социальных областей и рациональным описанием характера и способов воздействия тех или иных фрагментов внеправовой социальной реальности на правовые нормы и правовую культуру. Для целей сравнительно-правового исследования определенные социальные факторы... используются как основание (третий член) сравнения»²⁹³. Заметим, что здесь в основе сравнения лежит не функция правового института, или определенный социальный запрос, для удовлетворения которого функционирует правовой институт. Речь идет о привязке к более сложному взаимному влиянию

²⁹² См.: Teubner G. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism // Law and Power: Critical and Socio-legal Essays / Ed. by K. Tuori, Z. Bankowski, J. Uusitalo. Liverpool, 1998. P. 122. Примечательно, что базово подход был позаимствован из когнитивной теории, призванной объяснить специфику живых организмов, способных (в отличие от неживой материи) к самовоспроизводству, строительству самих себя, хотя и подвергаясь воздействию со стороны внешней среды. См.: Maturana, H. R. The Organization of the Living: A Theory of the Living Organization // International Journal of Man Machine Studies. Vol. 7. 1975. No. 3. P. 313-332. О развитии теории и применении ее в различных областях знания, в том числе социологии права см.: Mingers J. The Cognitive Theories of Maturana and Varela // Systems Practice. Vol. 4. 1991. No. 4. P. 319-338.

²⁹³ Слыщенко В.А. Указ. соч. С. 52.

определенных элементов культуры и правовых институтов. Одновременно рассмотрение права как аутопойетической (*autopoietic*) системы (испытывающей влияние со стороны социальной реальности, но также способной к самоорганизации и сохраняющей самоотносимость (*self-referential system*)) показывает, что здесь можно было бы увидеть простор для использования возможностей догматического подхода, но в действительности аналитическое направление мысли не связывает себя ими, ориентируясь в первую очередь на коммуникативную теорию²⁹⁴. Соответственно, к праву здесь относится не только государственное законодательство, а любые социальные коммуникации, кодируемые на основе законности и незаконности²⁹⁵.

Аналитическое течение не осталось без критики и дополнения. В частности, в одной из публикаций уточнялось, что в некоторых странах («периферия современности») воспроизводство правовой системы заблокировано некоторыми социальными факторами настолько, что есть смысл говорить о праве как об аллопойетической (*allopoietic*), а не аутопойетической системе²⁹⁶, что, безусловно, дополняет картину реальности и должно учитываться в сравнительных исследованиях.

Холистическое течение ставит под вопрос саму возможность отделять правовые феномены от всей культурной жизни общества. По словам одного из убежденных сторонников холизма, для сравнительно-правового исследования, нацеленного на понимание «права как культуры» (*law as culture*), принципиальным является изучение индивидов и их социальной среды; техническое измерение позитивных норм не находится в центре внимания. Культура понимается как всеохватывающая категория, которая позволяет компаративисту выявлять смысл правовых установлений, причины определенной их конфигурации, цели, которые преследовало общество,

²⁹⁴ См.: Michailakis D. Law as an Autopoietic System // Acta Sociologica. Vol.38. 1995. No.4. P. 323-337.

²⁹⁵ См.: Teubner G. Op. cit. P. 128.

²⁹⁶ См.: Neves M. From Autopoiesis to the Allopoiesis of Law // Journal of Law and Society. Vol. 28. 2001. No. 2. P. 242- 264.

создавая позитивное право. «Никакая формулировка позитивного права не может спокойно избежать культурной интерпретации, и все формулировки позитивного права могут быть с пользой рассмотрены как выражение культуры»²⁹⁷. Соответственно, «культурологическая юридическая компаративистика холистического толка предполагает в качестве основания сравнения (отдельных норм или институтов разных юрисдикций) правовую культуру, которая окружает и снабжает сопоставляемые нормы или институты смыслом. ...[Ф]окус исследования смещается от сравниваемых правоположений в сторону правовой культуры: собственно, основание сравнения становится предпочтительным объектом изучения»²⁹⁸.

При этом, в отличие от аналитических подходов, речь идет именно о необходимости понимания культуры в целом, а не разложении ее на отдельные составляющие. Этому соответствует своеобразный тип правопонимания, поскольку исследуемый объект – это право в умах (*law in minds, law in mentalité*). Отсюда основной вопрос заключается в том, каким образом может быть достигнуто понимание такого объекта при использовании сравнительного метода и вовлечении в исследование иностранных правовых систем. Если функциональный подход предполагает, что ключевой вопрос исследования формулируется «извне» по отношению ко всем изучаемым системам (в том числе по отношению к своей собственной), то культурологический подход, особенно в холистическом его прочтении, выступает в пользу вживания «внутри» изучаемых систем.

Вживание (*immersion*) строится на герменевтической основе и направлено на то, чтобы объяснить правовую действительность в том виде, в каком она существует для носителей другой культуры²⁹⁹, особенно тот подспудный уровень знаний, смыслов, который определяет для них восприятие более

²⁹⁷ См.: Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity // Journal of Comparative Law. Vol. 1. 2006. No. 2. P. 376.

²⁹⁸ См.: Слыщенко В.А. Указ. соч. С. 64.

²⁹⁹ См.: Ewald W. The Jurisprudential Approach to Comparative Law: a Field Guide to “Rats” // American Journal of Comparative Law. Vol. 46. 1998. No. 4. P. 705.

поверхностных уровней конкретных юридических текстов (законов, судебных решений и т.д.).

Впрочем, исследователи расходятся в том, до какой глубины возможно это погружение. Одна из позиций указывает на то, что правовая система должна быть понята в ее собственных категориях, а исследователь должен смотреть на правовую систему глазами инсайдера, то есть стать голосом этой системы, хотя и говорящим с акцентом³⁰⁰.

Более осторожную позицию занимает автор, детальнее других исследовавшая проблему вживания и исходившая из того, что искажения в процессе познания «другой» системы неизбежны, что предопределяет и несовершенство результатов использования сравнительного метода³⁰¹. Из этого, впрочем, нельзя сделать вывода о непригодности метода и результатов его применения: постмодернистская идея культурного вживания по сути следует идее Гадамера о пред-понимании как необходимом элементе понимания. «Целое следует понимать, исходя из частного, а частное — исходя из целого... Смысловая антиципация, направленная на целое, становится эксплицитным пониманием благодаря тому, что части, определяемые целым, в свою очередь определяют это целое... Так процесс понимания постоянно переходит от целого к части и обратно к целому. Задача состоит в том, чтобы концентрическими кругами расширять единство понятого смысла. Соответствие всех частных целому суть критерий правильности понимания»³⁰². Похожим образом строится понимание права, если право мыслится как нечто, не имеющее своей жизни и неразрывно соединенное взаимными связями с областями политики, истории, экономики, антропологии и др., и поэтому для его понимания необходимо проникновение в его подтекст (*subtext*). Культурное вживание «движется от внутренней стороны (*inside*)

³⁰⁰ См.: Bell J. Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law // Methodologies of Legal Research / Ed. by M. van Hoecke. Oxford: Hurt Publishing, 2011. P. 168.

³⁰¹ См.: Curran V.G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. Vol. 46. 1998. No. 1. P. 49-50.

³⁰² Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики. М., 1988. С. 344.

множества источников зарубежной правовой культуры, от ее богатой начальной глубины, к внешнему, явно выраженному уровню права. Оно [культурное вживание] постулирует, что компаративист не может расшифровать явный уровень без того, чтобы сначала разобраться в его подтексте, лежащей в его основе ментальности»³⁰³. При этом рассматривая иностранную правовую культуру как особый язык, метод вживания требует, чтобы эта культура понималась в *непереведенном* виде, то есть в ее собственных категориях, поскольку за всякой категорией стоит свой ряд ассоциаций, которые в какой-то части будут потеряны при переводе. Такое представление актуализирует знание иностранных языков, но все же не предполагает, что иностранный исследователь становится настоящим «инсайдером» изучаемой системы: именно внешняя позиция исследователя позволяет ему постичь с достаточной остротой фундаментальные аспекты изучаемой правовой культуры, которые так глубоко укоренены в ней, что не осознаются инсайдерами³⁰⁴.

Представленные соображения, по-разному отражающие фундаментальную связь права и иных явлений общественной жизни, а также пределы ее познания и совершенствования, ориентированы на сравнительное правоведение и должны быть надлежащим образом аккомодированы для использования их отраслевыми юридическими дисциплинами с учетом решаемых ими задач. Для науки конституционного права здесь появляется ряд важных эффектов.

В принципе, применение обозначенных позиций культурологического подхода к конституционному праву исходит из того, что последнее в значительной степени определяется спецификой правовой культуры конкретного общества (складывающейся в свою очередь под влиянием его исторического опыта, институциональных предпочтений, традиций

³⁰³ Curran V.G. Op. cit. P. 59-60.

³⁰⁴ Ibid. P. 55-59.

регулирования общественных отношений, довлеющих философско-правовых представлений и т.д.) и поэтому требует внимания к системе политических институтов, функционирующих в определенном контексте³⁰⁵ (собственно, применительно к конституционному праву в иностранной литературе иногда используются категории не культурологического подхода, а контекстуализма, или экспрессивизма³⁰⁶). Характеризуя конституции, имеющие более тесные, нежели все другие законы, связи с политикой и этикой, как ключевой объект познания в сравнительном конституционном праве, один из исследователей пишет о необходимости использовать понятие «конструктивного сравнительного метода» в сочетании со сложной конститутивной теорией, для того чтобы суметь воспринять конституции как феномен, определяющий культуру, и культуру – как феномен, определяющий конституции³⁰⁷.

Это значит, что понимание и конструирование такого сложного и многопланового феномена, каким является конституционное право, в принципе предопределяет выход за рамки конституционно-правовых текстов и даже функционала соответствующих норм³⁰⁸. Еще Ф.Ф. Кокошкин писал о том, что «в науке государственного права... есть три элемента. Юридические нормы можно изучать с точки зрения исторического их возникновения и развития. Так изучает их *история права*. Можно далее изучать юридические нормы, существующие в известном государстве в данный момент, выяснять их содержание, раскрывать общие начала, лежащие в основе их, зависимость их между собой и сводить их в одну общую систему. В этом заключается *догма права*, или юридическая наука в тесном смысле этого слова. Можно, наконец, подвергать право критической оценке с точки зрения соответствия его

³⁰⁵ Bell J. Comparing Public Law // Comparative Law in the 21st Century / Ed. by A.Hardy, E. Örsü. London, 2002. P. 235 – 247.

³⁰⁶ См.: Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // Penn State International Law Review. Vol. 28. 2010.

³⁰⁷ См.: Frankenberg G. Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, and Ideology – Toward a Layered Narrative // International Journal of Constitutional Law. Vol. 4. 2006. No. 3. P. 446.

³⁰⁸ О необходимости всестороннего исследования, позволяющего «раскрыть те или иные стороны предмета науки конституционного права и изучить его объекты» см.: Богданова Н.А. Система науки конституционного права. М., 2001. С. 44.

потребностям данного общества; можно строить идеальные нормы, не в смысле пригодности их для всех народов и времен, а в смысле пригодности для данного общества данной эпохи. Это составляет задачу *политики права*³⁰⁹. Иными словами, именно для конституционного права возникает самая настоятельная потребность, по крайней мере, в элементах культурологического подхода.

Тезис о расширении границ познания верен и для сравнительного исследования конституционного права; и тем более верен для него, что сравнительный метод предполагает обращение к иностранным системам. Для юриста изучение собственной национальной правовой системы, возможно, в некоторых вопросах происходит на подразумеваемом подтексте знания культурной среды исследуемых правовых проблем (хотя и это не бесспорно; на самом деле, и в рамках собственной конституционно-правовой системы отказ от социологического подхода существенно обедняет исследование); но уж для компаративиста во всяком случае, как указывается в научной литературе, необходимо погружение в общественную действительность иностранных систем как таковую, без чего не будет «информации об экономических и социокультурных показателях общества, которые являются ключом к пониманию правовых норм, ни знания политико-культурных установок адресатов норм и общественных устоев, формирующих общественную среду правового регулирования и, таким образом, определяющих саму правовую норму... Компаративистика и сравнительное конституционное право... по своей сути имеет междисциплинарный характер!»³¹⁰. Применительно к сравнительному конституционному праву отказ от изучения контекста во всяком случае представляется проблематичным, особенно в ситуации стремления к осмысленным суждениям и умозаключениям. Такой отказ, скорее всего, окажется равносильным безосновательному распространению собственного

³⁰⁹ Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. М., 2004. С. 139.

³¹⁰ Благкенгель А. О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 52.

понимания определенных категорий на другую систему³¹¹, или слишком большому упрощению, или недостаточно глубокому погружению в материю, и во всех случаях эффект сравнения как такового будет подорван.

Так, в рамках одного из научно-методических семинаров Аналитического управления Аппарата Совета Федерации Федерального Собрания РФ был поставлен вопрос о повышении эффективности деятельности «верхней» палаты российского парламента, причем с акцентированием внимания на зарубежном опыте. Примечательны вопросы, предложенные для обсуждения на семинаре: «Мы предлагаем сегодня обсудить именно с этой точки зрения опыт зарубежных стран. То есть, какие функции, полномочия мог бы Совет Федерации дополнительно взять на себя? Какие, может быть, новые форматы в своей работе Совет Федерации мог бы использовать, задействовать?»³¹². Зарубежный опыт здесь может быть представлен в большом разнообразии, тем более, учитывая доступность текстов конституций зарубежных государств и регламентов палат, а также некоторые впечатляющие научные исследования в этой области³¹³. Отметим, однако, что сам по себе этот зарубежный опыт еще не говорит о появлении серьезных новых перспектив для российского законодателя. Судя по выдержкам из стенограммы заседания, наряду с материалами формально-юридической и функциональной направленности, на нем были представлены и соображения, охватывающие более широкий контекст, в первую очередь – политический, функционирования второй палаты парламента. В частности, был затронут вопрос о современных тенденциях развития полномочий «верхних» палат бикамеральных парламента, их

³¹¹ Такая ситуация, в результате которой иногда делаются неверные выводы о том, чего в другой системе на самом деле нет, и при этом игнорируется то, что там есть, получило наименование «правового империализма».

³¹² Заседание научно-методического семинара Аналитического управления Аппарата Совета Федерации на тему «Роль и место верхних палат парламента в современных государствах» (Совет Федерации, 30 марта 2017 года). Вступительное слово К.В. Шкрета, заместителя начальника Аналитического управления Аппарата Совета Федерации // Аналитический вестник Совета Федерации. 2017. № 10. С. 6.

³¹³ См., напр.: Чиркин В.Е. Законодательная власть. М., 2008; Он же. Верхняя палата современного парламента: сравнительно-правовое исследование. М., 2009.

значении в зависимости от формы правления и формы территориального устройства, и особенно – характеристик режима: «Одно дело – конституционное устройство, другое дело – режим, то есть *modus operandi* органов власти. И от *modus operandi* органов власти реально в определяющей степени зависит роль и место каждого отдельного органа власти. Одно дело, когда мы имеем дело с конкурентной демократией, с конкурентной партийной системой, с действующей системой сдержек и противовесов. Другое дело, когда мы имеем дело с плебисцитарной демократией и «персоналистским» режимом. Понятно, что удельный вес парламентских структур в целом и, соответственно, и первой, и второй палаты в этих условиях оказывается меньшим. И претендовать на нечто большее или размышлять о каком-то качественном увеличении этого удельного веса можно, но все-таки лучше бы согласовать это для начала с тем, кто является носителем этого плебисцитарного «персоналистского» режима»³¹⁴. Вместе с обзором существа различных полномочий «верхних» палат в сравнительной перспективе, подобное погружение в реальные условия функционирования органов власти в рамках конкретной политической культуры действительно способствует взвешенным оценкам видов на заимствование палатой парламента из зарубежного опыта новых полномочий или форматов работы и их эффективности.

В целом, основное преимущество культурологического подхода – это возможность представить динамику развития правовой культуры в диалектическом / синергетическом ключе. Здесь открывается перспектива объяснения конституционно-правовых явлений, их сути и причин появления и функционирования в конкретных обществах именно в таком, а не ином виде. Это означает путь не только для построения теоретических моделей,

³¹⁴ Федосов П.А. Чему учит мировой опыт бикамерализма // Аналитический вестник Совета Федерации. 2017. № 10. С. 11.

но и для максимально взвешенных подходов к практическим заимствованиям в политически чувствительной области конституционного права.

Вместе с тем, необходимо представить и критические замечания, показывающие, что культурологический подход не свободен от некоторых проблем, предопределяющих ограничения его применения.

Во-первых, с практической точки зрения, для компаративиста может оказаться сложной, чтобы не сказать – непосильной задачей основательное погружение в культурные особенности (все стороны жизни) каждой конституционно-правовой системы, которую он стремится изучать³¹⁵. При ограниченности ресурсов (языковых, временных, интеллектуальных) отдельных исследователей, учет ими социального, экономического, политического, исторического контекста применительно к правовым институтам означает исключительно широкое поле деятельности. Конечно, можно встретить указания на необходимость отказа от традиционного дисциплинарного подхода к научному знанию³¹⁶, примирительную позицию, в соответствии с которой каждый ученый исследует контекст с учетом решаемых задач³¹⁷; или призывы создавать для изучения какой-либо проблемы группы ученых-специалистов в разных областях³¹⁸; представляется, однако, что такие соображения, хотя и не лишены прагматичного смысла для развития науки конституционного права, но либо недостаточно конкретны, либо в большей степени обходят затруднения самостоятельной работы отдельно взятого исследователя, нежели решают их.

Соответственно, даже уже просто с прагматической точки зрения появляются предпосылки для того, чтобы строго отбирать те элементы контекста, которые нужны исследователю для освоения интересующей его

³¹⁵ См.: Siems M. Op. cit. P. 103.

³¹⁶ См.: Faust F. Comparative Law and Economic Analysis of Law // The Oxford Handbook of Comparative Law. P. 864.

³¹⁷ См.: Palmer V.V. From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology // The American Journal of Comparative Law. Vol. 53. 2005. No. 1. P. 263, 265.

³¹⁸ См.: Husa J. Interdisciplinary Comparative Law – Between Scylla and Charybdis? // Journal of Comparative Law. 2014. Vol. 9. No.2. P. 41-42.

конституционно-правовой проблематики (см. об этом подробнее в следующем разделе). Вдобавок, признание потребности в расширении географии исследований для получения знания о многообразии конституционно-правовых доктрин, институтов и практик вносит свои коррективы в представления о восприятии правовой культуры «изнутри» или «в непереуведенном виде». Для науки конституционного права актуален выход за привычные рамки моделей западного мира, но именно он-то и сопряжен со сложностями освоения новых культур и языков; поэтому едва ли реалистично отказываться от работы с источниками, которые содержат обобщения относительно тех или иных конституционно-правовых феноменов интересующих исследователя новых регионов на доступном для него языке.

Таким образом (с использованием переводных источников, источников, подготовленных специалистами из соответствующих стран, но на распространенных иностранных языках и т.д.) может быть сформировано, например, представление о цивилизационных моделях прав человека, основанное на сопоставлении особенностей действия конституционных положений, регулирующих статус личности, с учетом характерных для различных обществ религиозных или философских начал; хотя такое знание подлежит дальнейшей детализации, все же и в самом первом приближении можно, наряду с евроатлантической моделью, выделить исламскую³¹⁹, конфуцианскую³²⁰, индуистскую³²¹ (или индо-буддийскую³²²), африканскую³²³ модели прав человека³²⁴.

³¹⁹ См.: Мухаммад Садик Мухаммад Йусуф. Права человека в Исламе. СПб., 2008; Сюкияйнен Л. Р. Ислам и права человека в современном государстве // Трансформация прав человека в современном мире / Отв. ред. А.Н. Савенков. М., 2018; Чиркин В.Е. Современные глобальные модели основных прав человека: новый подход // Вестник Университета имени О.Е.Кутафина. 2015.

³²⁰ Nadeau R. Confucianism and the Problem of Human Rights // Intercultural Communication Studies. 2002. No. 2; Flakk T. Human Rights the Confucian Way. Towards International Consensus on Human Rights From Within Cultural Traditions. Oslo, 2003. P. 64-75; Chan J. C.W. Confucianism and Human Rights // Religion and Human Rights: An Introduction / Ed. by J. Witte, M. Ch. Green. New York: Oxford University Press, 2011; Rosemont H. Why Take Rights Seriously? A Confucian Critique // Human Rights and the World's Religions / Ed. by L.S. Rouner. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1988; Lee S.-H. Was There a Concept of Rights in Confucian Virtue-Based Morality? // Journal of Chinese

Во-вторых, требует внимания проблема подмены объектов конституционно-правовой науки, причем эта проблема сопряжена с культурологическим подходом в гораздо большей степени, чем даже с функциональным. В литературе высказана позиция, в соответствии с которой «если ограничить предмет правового познания лишь чисто юридическими закономерностями, тогда правоведение окажется ограниченным знанием, лишенным возможности понять действительные взаимосвязи и взаимодействия государственно-правовых феноменов с иными социальными объектами»; однако не случайно сразу вслед за ней звучит и предостережение от другой крайности, стирающей грани между научными дисциплинами и приводящей к утрате специфики юридического знания³²⁵. Следуя логике юридического познания в целом, конституционно-правовая наука направлена на то, чтобы понимать конституционное право; однако нацеленность на понимание права «в текстах», или «в действии», или «в умах» формирует разные исследовательские программы, и вопрос о том, какая из них верна, остается открытым.

По этой причине большое значение имеет постановка задачи для сравнительного конституционно-правового исследования. На этом этапе может быть обеспечен фокус на объектах науки конституционного права, даже если для полноценного их освоения неизбежно потребуется «выход» в смежные

Philosophy. Vol. 19. 1992. No. 3; Lee C. Confucian Humanism as the Foundation of Human Rights and Economic Ethics: a Study of Korea, Japan and the Republic of China. Melbourn, 2007.

³²¹ Pandeya P.K. Human Rights: An Indian Perspective // Philosophical Foundations of Human Rights. Paris: UNESCO, 1986; Subedi S.P. Are the Principles of Human Rights “Western” Ideals? An Analysis of the Claim of the “Asian” Concept of Human Rights from the Perspectives of Hinduism // California Western International Law Journal. Vol. 30. 1999. No.1; Nanda V.P. Hinduism and Human Rights // Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality / Ed. by D. Werner. The Hague, Boston, 1997; Sharma A. Hinduism and Human Rights: a Conceptual Approach. Oxford University Press, 2004.

³²² Sarao K.T. Human Rights in Buddhism // Buddhism and Jainism (Encyclopedia of Indian Religions) / Ed. by K.T. Sarao, J.D. Long. Springer. 2017; Badge U. Essential elements of human rights in Buddhism // Journal of Law and Conflict Resolution. Vol.6. 2014. No. 2.

³²³ Tucker C. Regional Human Rights Models In Europe And Africa: A Comparison // Syracuse Journal of International Law and Commerce. Vol. 10. 1983. No.1.

³²⁴ Обзор моделей см. также: Глухарева Л.И. Права человека в современном мире. М., 2003; Права человека / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 2004.

³²⁵ Глухарева Л.И. Объект и предмет юридического исследования // История государства и права. 2009. № 15.

области. Так, авторами учебного пособия по избирательному прав в России и зарубежных странах были поставлены следующие задачи: «1. познание избирательно-правовых моделей во взаимосвязи с политико-правовыми явлениями на основе изучения основных понятий и институтов, и прежде всего избирательных стандартов; 2. овладение методикой сравнительно-правового анализа норм и институтов избирательного права, оценки практики их реализации; 3. обучение выделению общего и особенного в многообразии избирательно-правового регулирования для определения рациональной модели, сориентированной на фундаментальные и конституционно-правовые ценности в современном глобализирующемся мире»³²⁶. Несмотря на тесную связь избирательного права с политической наукой и стремление авторов показать не только «черную букву» нормативного регулирования избирательных отношений, но и правоприменительную практику, и – шире – материалы, характеризующие проявления конституционной культуры в избирательных отношениях разных политических сообществ и на разных исторических отрезках, в центре исследования были сохранены правовые явления.

В-третьих, следует учитывать проблему выбора определенного «угла зрения». Если исследователь стремится выйти за рамки понимания внутреннего значения текстуально закрепленных конституционно-правовых норм и принципов и увидеть их специфику во взаимосвязи с иными явлениями общественной жизни, немедленно возникает вопрос, какие именно стороны общественной жизни следует принимать во внимание? Следует ли сосредоточиться на экономическом анализе права, социологии права, истории права или учете соотношения политических сил? Нужно ли развивать широкие культурологические подходы, способные учитывать все эти направления? Не менее существенным является вопрос о том, по какому принципу в выстраиваемых моделях будут определяться независимые и зависимые

³²⁶ Андреева Г.Н., Старостина И.А. Избирательное право в России и в зарубежных странах / под ред. А.А. Клишаса. М., 2010. С. 9.

переменные³²⁷. Противопоставляем ли мы культурологический подход функциональному, или первый является расширением второго? Понимаем ли мы конституционное право как результат действия факторов из различных областей, или как фактор, также и предопределяющий результаты в различных областях? Как справедливо подчеркивается в литературе, «в отсутствие подлинной линейной причинности и объективной иерархии явлений выбор точки отсчета определяется системой ценностей наблюдателя, безусловно субъективной, но наделяемой – искренне или умышленно – флером объективности»³²⁸.

По сути, здесь не предполагается существование каких-либо жестких правил. Исследователь конституционно-правовой материи может привлекать те факторы, которые считает значимыми для своей задачи, проверки своей гипотезы и т.д. Вместе с тем, важно чтобы смыслы обращения к дополнительным углам зрения были понятны в контексте обсуждаемых проблем. Например, в рамках изучения новой категории прав, относящихся к группе соматических³²⁹, были поставлены практические вопросы, связанные с последствиями медицинской коррекции пола в виде изменения также и «гражданского пола», то есть замены документов. Соответствующие возможности не были признаны государствами автоматически. Изучая вопросы, касающиеся правовых аспектов коррекции пола, в сравнительной перспективе, можно заметить, как постепенно в их решение вовлекались соображения, лежащие, скорее, в медицинской, этической и социальной плоскостях, в значительной степени предопределившие изменение отношения к

³²⁷ Так, в некоторых сравнительных исследованиях культура понимается как основополагающая независимая переменная, которая объясняет выявленные различия в правовых подходах; в других – культура предстает как зависимая переменная – нечто, что должно быть объяснено, в том числе с позиций экономического анализа права. См.: *Hadfield G.K. The Strategy of Methodology: The Virtues of Being Reductionist for Comparative Law // The University of Toronto Law Journal. Vol. 59. 2009. No. 2. P. 233.*

³²⁸ См.: Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007 / Под ред. Д.В. Дождева. СПб., 2008. С. 19.

³²⁹ Подробнее о перечне, природе и содержании соматических прав см.: Крусс В.И. Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы // Государство и право. 2000. № 10.

позитивным обязательствам государств по урегулированию тех конфликтных ситуаций, в которых трансгендерные лица оказывались на практике (в профессиональной сфере, сфере пенсионного обеспечения и т.д.)³³⁰. Следовательно, когда речь идет о выработке определенной государственной политики в отношении трансгендерных лиц, привлечение медицинских сведений, подтверждающих объективный характер проблем гендерной дисфории, и социологических данных относительно восприятия соответствующих проблем окружающими и условий жизни трансгендеров в конкретном обществе³³¹ выглядит более чем уместным, хотя, безусловно, это не исключает и других способов постановки и решения в конституционном праве научных задач по данной проблеме³³².

В-четвертых, нельзя не заметить проблему принципиальной возможности построения теоретических или практических моделей по результатам сравнения конституционно-правовых систем, приобретающих уникальные черты³³³ в результате учета действия множества факторов (исторических, политических и т.д.). Понятно, что о тождественных институтах в конституционном праве говорить проблематично; сравнение призвано обнаружить и обнаруживает черты сходства и различия в сравниваемых объектах. Однако вполне может получиться там, что уяснение всех особенностей становления и развития соответствующих конституционно-правовых институтов в широком социальном контексте обнаружит больший потенциал различия (в том числе и в кажущемся сходстве). Другими словами, сама сравнимость объектов, формирование общих концепций и перспективы

³³⁰ См.: Rees v. The United Kingdom, App. No. 9532/81, Judgment of 17 October 1986; B. v. France, App. No. 13343/87, Judgment of 25 March 1992; Christine Goodwin v. The United Kingdom, App. No. 28957/95, Judgment of 11 July 2002; Y.Y. v Turkey, App. No. 14793/08, Judgment of 10 March 2015 и др.

³³¹ См., напр.: Шишкина Ю.С. Медико-правовые проблемы смены пола // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2010. № 73.

³³² См., напр., более заметный акцент на развитии конституционных принципов: Храмова Т. Право на уважение гендерной идентичности: новые стандарты автономии личности // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 3.

³³³ Об этой проблеме в теоретическом ключе см.: Слыщенко В.А. Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права. 2011. М., 2011. С. 10.

развития конституционно-правовых систем (в том числе с помощью заимствований) окажется поставлена под вопрос. И это по сути означает очень важный предел культурологических сравнительных исследований, – они имеют потенциал описания, объяснения причинно-следственных связей между явлениями, но мало (если вообще) ориентированы на генерализацию знания и нормативные (прескриптивные) конструкции. Если конституция и конституционное право в целом в конкретном обществе и государстве функционируют в том виде, в каком они сложились исходя из всего строя культуры, то перспективы его целенаправленного совершенствования в желательных направлениях, в том числе за счет заимствований, как минимум, требуют детального учета уже существующей среды, а в пределе – вообще оказывается сомнительной.

Эта проблема некоторым образом проявляет себя в работах, авторы которых, несмотря на заявленные задачи сравнения, все же делают акцент на исследовании конституционно-правового материала по отдельным странам, что способствует сближению итогового результата с работами по конституционному праву зарубежных государств (рассматриваемых вполне изолированно). Такие работы – это значимый и абсолютно необходимый источник знания для сравнения, но собственно сравнению в них иногда уделяется не так много места³³⁴.

Суммируя, заметим, что культурологический подход оставляет вопросы относительно того, насколько полно может и должен быть учтен контекст существования конституционно-правового института, насколько детально следует изучать все связи между ним и иными явлениями. А между тем, это вопросы существенные, поскольку выбор аналитического либо холистического

³³⁴ См.: Finer S.E., Bogdanor V., Rudden B. *Comparing Constitutions*. Oxford, 1998. Несмотря на то, что название явным образом указывает на сравнение, в самой работе сравнению в большей степени посвящены две первые главы (о значении конституций и об их вариативности), а также индексы, систематизирующие материал, а большая часть глав посвящена конституциям отдельных государств (Великобритании, США, ФРГ, Франции, России), а также европейской Конвенции о защите прав и основных свобод 1950 года и договорам о европейских сообществах.

направления внутри культурологического подхода, равно как и стремление достичь конкретных эвристических целей серьезным образом определяют суть и пределы соответствующих конституционно-правовых исследований.

Таким образом, мы провели критический анализ основных подходов к применению сравнительного метода, выделив преимущества и проблемные стороны применения каждого подхода в конституционно-правовом исследовании. Этот анализ показал, что все указанные подходы представляют собой не конкретные методологические теории, а, скорее, схемы мышления, демонстрирующие, в каком русле строится исследование в рамках каждой из этих схем; установлена определенная зависимость между этими схемами и теми эвристическими задачами сравнения, которые они могут решать.

Рассмотрение догматического, функционального и культурологического подходов, взятых самостоятельно, призвано подчеркнуть, что все они предполагают выполнение компаративистами не просто разного объема работы, но работы разного рода. Вместе с тем, хотя мы видим, что все обозначенные подходы имеют свои смыслы и пользу, приходится признать, что взятые изолированно, все они сталкиваются и с критикой, показывающей пределы их применения. Путь к более полному применению этих подходов в целях получения с помощью сравнительного метода максимально достоверного конституционно-правового знания лежит через их синтез.

2.4. Перспективы синтеза

С учетом всех критических замечаний, которые звучат в адрес догматического, функционального и культурологического подходов, и различных целей применения сравнительного метода в конституционно-правовой науке следует обратить внимание на попытки обозначить новые «гибридные» варианты понимания сути сравнительного метода, которые определенным образом сочетают базовые подходы.

В некоторых случаях тот факт, что подход имеет сложносоставной характер, не подчеркивается его автором, но усматривается из описания подхода. Например, подход концептуальных сравнений по мысли его создателя должен быть реализован в двух стадиях: на первой исследователь конструирует элементы правовой реальности в логически точных и абстрактных моделях (концептах), на второй реально существующие нормы и институты сопоставляются с концептом, причем не только проводится анализ сходств и различий, но также раскрываются «лежащие в их основе детерминанты исследуемых правовых феноменов, в том числе их исторические и культурные измерения»³³⁵. Для конституционного права эта схема имеет то преимущество, что догматический подход в ней вполне отчетливо сочетается с элементами культурологического подхода.

Еще одна схема была предложена автором критического подхода к сравнению. Она включает три этапа. На первом этапе исследователь упрощает комплексный социальный вопрос и помещает его в правовые рамки, показывающие, что некоторый социальный вопрос – это правовой вопрос. На втором этапе необходимо объяснить имеющиеся правовые структуры, критически анализируя их, и погрузиться в процессы принятия правовых решений (как законодательной властью, так и судами). На этом этапе необходимо выявление политической подоплеки правовых доктрин и решений: «критическое сравнение извлекает из притязаний на правовую рациональность конкурирующие политические взгляды и противоречивые нормативные идеалы». На третьем этапе в исследование должен быть снова введен социально-культурный контекст, маргинализированный на стадии «юридизации» проблемы, для того, чтобы понять, что именно поставлено на карту в момент принятия правовых решений для разных правовых культур³³⁶. Строго говоря, по времени эта схема была озвучена прежде появления работ,

³³⁵ См.: Brand O. *Op. cit.* P. 438-439.

³³⁶ См.: Frankenberg G. *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law // Harvard International Law Review*. Vol. 26.1985. P. 451-452.

активно продвигавших культурологические подходы, но уже в ней можно увидеть элементы всех трех «базовых» подходов к сравнению, хотя и с заметным уклоном в политическую плоскость, граничащую с рассматриваемыми правовыми явлениями (что делает эту схему значимой именно для конституционного права).

Подобные схемы подводят нас к вопросу о том, можем ли мы рассматривать каждый последующий из представленных подходов не как жесткую альтернативу предыдущему, а как его (их) дополнение, естественно, с модификацией акцентов. В сущности, никакой подход не отрицает необходимости привлечения формально-юридического метода; вопрос только в его (не)достаточности для сравнительных конституционно-правовых исследований. Если функция нормы рассматривается как элемент, более надежный для целей сравнения, чем «ярлык»³³⁷ (формально-юридическая характеристика нормы), то это не означает отказа анализировать «ярлыки». В свою очередь, самые убежденные апологеты культурологического подхода не оспаривают тезис о наличии связи между средой, собственно, порождающей вопросы, на которые право призвано дать ответ, и самим правом с его ответами³³⁸, и не отказываются от изучения норм права, хотя и не полагают их центром исследования³³⁹; то есть фактически не отрицают ни функциональную, ни догматическую составляющие права. Для конституционного права также сохраняются требующие ответа вопросы, имеющие серьезный культурологический подтекст: до какой степени установления, выражающие конституционную идентичность, могут влиять на реализацию институтов, рассматриваемых исследователями как чисто функциональные элементы системы³⁴⁰, и каким образом следует выстраивать и толковать всю систему норм, чтобы она соответствовала базовым принципам конституционного

³³⁷ Valcke C., Grellette M. Op. cit. P. 102-103.

³³⁸ См.: Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity // Journal of Comparative Law. Vol. 1. 2006. No.2. P. 367.

³³⁹ См.: Ibid. P. 376.

³⁴⁰ См.: Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law. P. 325.

порядка? Но эти вопросы не элиминируют функциональных и догматических соображений.

Отсюда в науке конституционного права возникают смешанные подходы. Один из них обозначается термином «функциональный контекстуализм» и направлен на то, чтобы показывать, как особый институциональный контекст может ограничить возможности делать выводы, основанные на практике других систем, и каковы «экспрессивные функции» конституции или конституционного права в конкретном национальном контексте³⁴¹. Другой получил наименование «обновленный функционализм» и учитывает причинно-следственные связи между культурными, политическими, экономическими и социальными особенностями общества и конституционно-правовыми институтами³⁴².

В литературе высказана заслуживающая внимания позиция, до известной степени подвигающая функционализм в сторону культурологического подхода. Она состоит в том, что правовые объекты для сравнения могут выбираться по функциональному принципу, но дальше эти объекты могут исследоваться с учетом более широкого контекста их действия: «есть хорошие основания полагать, что функциональная идентификация [объектов] может быть с пользой распространена на большую часть, если не на все, сравнительно-правовых проектов, включая герменевтические»³⁴³.

Вместе с тем, эти предложения дают мало конкретики относительно того, насколько глубокого погружения в контекст они требуют – в частности, предполагается ли рассматривать конституционное право (как отдельную отрасль национального права) в аналитическом ключе в качестве относительно самостоятельной системы или в качестве неотъемлемой части культуры в русле холизма.

³⁴¹ См.: Jackson V.C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. P.67.

³⁴² См.: Whytock Ch.A. Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law // Brigham Young University Law Review. 2009. No.6. P. 1880.

³⁴³ См.: Valcke C., Grellette M. Op. cit. P. 106.

На наш взгляд, проблематичность холического подхода проявляет себя как при изучении одной-единственной системы, так при сравнении разных систем. Свойство целостности и основанное на нем присущее всякой культуре свойство «единственности в своем роде» (*singularity*), на чем настаивает П.Легран и некоторые сторонники такого же подхода, например Ж. Деррида, означало бы, по словам одного из исследователей, что всякая культура является непознаваемой (*unintelligible*)³⁴⁴. «Чтобы понять различия, так же как и сходства, нужно быть способным идентифицировать некоторые черты общества и обсуждать их абстрактно от других [черт]»³⁴⁵. Подобная способность выделять отдельные черты сложного и многогранного явления (каким является правовая культура), собственно, и позволяет познавать его. Больше того, как будет показано далее, именно способность вычленять в составе правовой культуры отдельные черты как независимые и независимые переменные (лежащие не только в правовой, но и в политической, экономической и других областях жизни общества), классифицируя их по сходству и различию, имеет решающее значение для установления причинно-следственных связей между правовыми и внеправовыми явлениями, объясняющих, почему конституционно-правовые институты функционируют определенным образом.

Кроме того, не будем забывать, что холистические подходы, построенные для целей сравнительного правоведения, то есть в первую очередь, для целей сравнения правовых систем в целом, сравнения на макроуровне, логически никак не соотносятся с задачами отраслевых юридических наук. Существование самостоятельного предмета науки конституционного права уже ориентирует компаративистов на выделение конституционно-правовых доктрин, норм и правоприменения, хотя и помещаемых в контекст социальных,

³⁴⁴ См.: Gordley J. Comparison, Law, and Culture: A Response to Pierre Legrand // The American Journal of Comparative Law. Vol. 65. 2017. No. 1. P. 133.

³⁴⁵ Ibid.

политических и иных условий жизни, влияющих на конкретные изучаемые конституционно-правовые решения.

Иными словами, исходя из необходимости связывать смыслы конституционного права с социальной средой его функционирования (ее особенностями, запросами и т.д.) и одновременно признавая чрезмерную широту и требовательность холического направления, способного сделать конституционно-правовые феномены малоразличимыми для изучения и сравнения, мы полагаем, что в процессе использования сравнительного метода в конституционном праве следует формулировать более конкретные запросы – что именно следует взять в компаративную работу для описания, объяснения или обоснования конституционно-правовых институтов.

Как справедливо было замечено одним из критиков, независимо от положительных устремлений и проблемных сторон культурологического подхода, основные его смыслы в большинстве работ замкнуты на эпистемологические проблемы и сводятся к обоснованию скорее целей, нежели собственно методологии сравнения, что лишний раз подчеркивает необходимость перехода от «протометодологического» уровня к более конкретным схемам познания³⁴⁶.

По этой причине полагаем необходимым привести некоторые соображения, призванные проиллюстрировать, каким образом в конституционно-правовых исследованиях может быть учтено влияние внеправовых факторов на правовые нормы и правовую культуру, какие именно элементы контекста, определяющие смыслы и порядок создания и функционирования конституционно-правовых институтов, должны быть приняты во внимание. Помня, что для конституционного права действуют все ограничения использования культурологического подхода (завышенный стандарт требующих решения задач, риски потери правового содержания исследования, субъективизм в выборе той или иной стороны культурного

³⁴⁶ См.: Brand O. Op. cit. P.432.

контекста, потеря сопоставимости систем), сосредоточимся на конкретных полезных (и реалистичных) эффектах для конституционно-правовых исследований перевода сравнительного метода в междисциплинарную плоскость.

Приняв во внимание мысль «аналитиков» об интеграции права и социальных наук³⁴⁷, а также соображение холистов о необходимости погружения в политический, исторический, экономический и лингвистический контекст, который формирует правовую систему³⁴⁸, заметим, что они подводят нас к идее существования, удобства и даже настоятельной потребности в «наборе инструментов»³⁴⁹, которые можно сочетать различным образом, не ограничиваясь использованием только одного инструмента.

Ключевая идея заключается в том, что обосновываемая междисциплинарность не сводится к расширению круга изучаемых объектов; она означает также *вовлечение исследовательских практик иных дисциплин, их методов*³⁵⁰.

Социология права. Проблема соответствия политических законов и свойств народа, для которого они установлены, была поднята еще Ш. Монтескье³⁵¹; с тех пор социологическая наука, в том числе представления об особенностях научного изучения различных сторон социальной действительности (включая право) прошли долгий путь развития; с другой

³⁴⁷ См.: Teubner G. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law // Law and Society Review. Vol. 23. 1989. No. 5. P. 747.

³⁴⁸ См.: Curran V.G. Op. cit. P. 51.

³⁴⁹ Об идее необходимости в сравнительном праве «набора инструментов» (“*toolbox*”), а не точной карты дорог см.: van Hoëcke M. Methodology of Comparative Legal Research // Law and Method. 2015. P. 1.

³⁵⁰ Обоснование идеи см.: Троицкая А. Междисциплинарность в сравнительном конституционно-правовом исследовании // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 5. С. 57-77.

³⁵¹ См.: Монтескье Ш. О духе законов. М., 1999. В то же время необходимо понимать, что работы Ш. Монтескье относятся к периоду до появления писанных конституций, вносящих коррективы в представления о том, каким образом может быть учреждена политическая власть. См.: Zucca L. Montesquieu, Methodological Pluralism and Comparative Constitutional Law // European Constitutional Law Review. Vol. 5. 2009. No. 3. P. 484. Соответствующие методологические основы позволяют компаративистам выходить за узкие рамки сопоставления «букв» конституций, но не должны приводить к игнорированию последних.

стороны, существенным образом уточнялись и представления об объектах изучения правовой науки. В настоящее время специальное направление, получившее название социологии права (и являющееся, по мнению одних ученых, одной из отраслей общей социологии, других – частью правоведения, третьих – новой самостоятельной дисциплиной), концентрируется на социальной стороне правовых феноменов³⁵².

В том же русле и в компаративистике периодически звучит достаточно уверенный запрос на исследование социальной среды: «Если сравнительное право стремится выполнять свои задачи надлежащим образом, оно *должно* рассматривать «живое право» (“*living law*”), включая фактическую среду последнего, в сравниваемых странах. Следовательно, сравнительное право требует социологических исследований в максимально возможной степени»³⁵³. В сравнительном конституционном праве обращение к социальным наукам обосновывается через необходимость уделять внимание целям и последствиям действия конституционно-правовых норм, условиям развития конституций и эффективности их функционирования в изучаемых государствах, обстоятельствам принятия решений органами конституционного контроля и др.³⁵⁴

Обратим внимание на потенциальные преимущества, которые дает социология права именно для сравнительных исследований конституционного права. Прежде всего, социология способна сделать полезный теоретический вклад в понимание методов юридической компаративистики, представляя собой собственно тот подход к сравнению, который существует за рамками строгого позитивизма, чреватого механистической формальностью³⁵⁵. Одним из основных преимуществ этого подхода считается восприятие конституционных

³⁵² См.: Социология права: в 2-х томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2015. С. 4-5.

³⁵³ Drobning U. Methods of Sociological Research in Comparative Law // The Rabel Journal of Comparative and International Private Law. 1971. No.3. P. 498.

³⁵⁴ См.: Hirschl R. Editorial // International Journal of Constitutional Law. 2013. Vol. 11. P. 7-8.

³⁵⁵ См.: Cotterrell R. Comparative Sociology of Law // Comparative Law and Society / Ed. by D.S.Clark. Cheltenham, 2012.

норм конкретного государства сквозь призму потребностей, интересов и задач, актуальных для данного социального порядка и/или с учетом существующей в нем правовой культуры (включая представление о социальных структурах и роли права в их упорядочивании, источниках права, их дополнении иными регуляторами, соотношении государства и права, значении политических и судебной ветвей власти, роли профессиональных юристов, особенностях юридического образования и др.)³⁵⁶.

Отсюда следует, что данное направление обеспечивает описание социальной среды действия конституционного права определенного государства, причем анализируемой в ее собственных категориях. В литературе выделяют два крупных типа сравнительных исследований права с социологических позиций: имеющие целью формулирование особенностей общественных структур и правовой культуры различных государств, возникающих на основе правовых норм, либо предполагающие, что социальные особенности, напротив, сами будут служить инструментом объяснения действия правовых институтов. Выбор в пользу того или иного типа исследования тем более сложен, что правовые (и особенно конституционно-правовые) институты, имея основой определенную культурную среду и традиции, сами призваны и способны влиять на эту среду. Тем не менее, в обоих случаях подключение социологических категорий к сравнительным исследованиям направлено на уточнение значения изучаемых конституционно-правовых конструкций и раскрытие того, как именно эти конструкции отражают и создают правовую культуру³⁵⁷; соответствующее измерение представляет собой надлежащее средство получения знаний о контексте функционирования права³⁵⁸.

³⁵⁶ См.: Nelken D. Comparative Sociology of Law // An Introduction to Law and Social Theory / Ed. by R. Banakar, M. Travers. Oxford, 2002. P. 333-334.

³⁵⁷ См.: Ibid. P. 336.

³⁵⁸ См.: Curran V.G. Cultural Immersion, Difference and Categories in US Comparative Law // American Journal of Comparative Law. 1998. Vol. 46. No.1. P. 45.

Более того, социология права не ограничивается этим и стремится к формированию абстрактного знания о социальных явлениях. Социология предполагает «генерализацию» знаний, полученных на основе изучения определенной среды³⁵⁹, встраивание их в теоретические системы. Это же является одной из задач сравнительных исследований в конституционном праве. В связи с этим социология права может оказать компартивистам еще одну важную методологическую услугу, касающуюся проблемы «утопания в контексте». Бесконечные комбинации переменных, существующих в том или ином контексте, безусловно, затрудняют путь понимания конституционно-правовых феноменов³⁶⁰. Отбор релевантной для целей исследования части переменных и «генерализация» на основе «особенностей» - это задачи, решаемые социологией все время ее существования, соответственно, имеющиеся в этой области наработки могут быть использованы в конституционном праве. В частности, следует обратить внимание на метод концептуального анализа, значение которого в социологической науке подчеркивается именно применительно к проблеме «теоретического обобщения предметных областей эмпирической социологии»³⁶¹. Конституционное право уже пользуется идеей организованных наборов концептуальных схем, способных для целей науки упорядочивать эмпирическое разнообразие³⁶².

Что же касается собственно содержательной стороны, то есть данных, представляемых социальной наукой, то легко увидеть, что учет социальных факторов необходим при решении многих конституционно-правовых задач; сравнение соответствующих решений также требует выхода за рамки формальных норм. Это особенно заметно при рассмотрении конституционных

³⁵⁹ См.: Webber I.L. *Sociology: Parochial or Universal* // *Social Forces*. 1981. Vol. 60. No. 2. P. 418-419.

³⁶⁰ См.: Curran V.G. *Comparative Law and Legal Origin Thesis: Non scholae sed vitae discimus* // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 57. 2009. No. 4. P. 864.

³⁶¹ См.: Никаноров С.П., Масленников Е.В. *Социологические исследования и концептуальный анализ* // *Социология: методология, методы, математическое моделирование* (4М). 1996. № 7. С. 55.

³⁶² См., например, применение кластерного анализа для целей создания типологии властеотношений: Арбузкин А.М. *Основные модели разделения властей в странах Европы* // *Современные проблемы организации публичной власти* / Отв. ред. Авакьян С.А. М., 2014. С.284-302.

прав, реализация которых может существенным образом различаться в контексте жизни разных обществ, несмотря на близкие формулировки норм.

Приведем в качестве примера проблему смертной казни. Правовые нормы могут в лучшем случае дать ответ на вопрос, существует ли она в данном государстве или нет, но для понимания причин сохранения такого наказания или отказа от него анализа правовых норм будет, скорее всего, недостаточно. Это тем более верно для случаев, когда создатели конституции не предусмотрели ответа явным образом, и данная задача оказалась возложенной на орган конституционного контроля. Существует целый ряд решений, показывающих, что суды были вынуждены выйти за формально-правовые рамки, рассматривая проблему смертной казни. Примечательно, сколь разные соображения вовлекаются в процесс оценки допустимости одного и того же вида наказания в разных государствах.

Так, Верховный суд США, обратив внимание на отсутствие «окончательной общественной оценки стандартов допустимого в отношении уголовных санкций», установил, что наказание должно согласовываться с достоинством личности, а для этого не быть чрезмерным; при этом чрезмерность предлагалось определять через два аспекта: наказание «не должно влечь за собой излишнего и беспричинного причинения боли» и «не должно быть явно непропорциональным серьезности преступления». При соблюдении этих требований смертная казнь рассматривается как не нарушающая норму Конституции о запрете жестоких и необычных наказаний³⁶³. Верховный суд Индии установил, что государство может лишить человека жизни в рамках «честной, справедливой и разумной процедуры»; в такой ситуации смертная казнь не рассматривается как образующая

³⁶³ Gregg v. Georgia. 428 U.S. 153 (1976) // <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/428/153.html>. В одном из более поздних дел, связанных с применением смертной казни в отношении несовершеннолетних Суд со ссылкой на мировой опыт и «эволюционирующие стандарты допустимого, которые характеризуют прогресс развивающегося общества» признал наказание непропорциональным. См.: Roper v. Simmons. 543 U.S. 551 (2005) // <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/543/551.html>

неразумное, жестокое или необычное наказание³⁶⁴. По мнению же Конституционного суда ЮАР, приведение в исполнение смертного приговора разрушает жизнь, уничтожает достоинство, в осуществлении смертной казни присутствуют элементы произвола, она непоправима; в результате смертная казнь была признана жестоким, бесчеловечным и унижающим наказанием³⁶⁵. Особенно показательным решением Конституционного суда Украины, в котором он, помимо анализа конституционных положений о неотъемлемости права на жизнь, запрете произвольного ее лишения и недопустимости жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство наказаний, уточнил: «как показывает мировой и отечественный опыт, смертная казнь не может быть оправдана в качестве эффективного способа в борьбе с преступностью. Эта мера наказания не принадлежит к факторам, которые сдерживают преступность»³⁶⁶.

Естественно, во всех случаях суды опирались на (не совпадающие дословно) нормы конституций, регулирующие право на жизнь и достоинство; однако здесь присутствуют и отсылки к требованиям функционирования социальной среды. Подключение социологического измерения может предоставить по крайней мере частичное объяснение решений, существующих в разных социальных порядках, но кроме того, позволяет уточнить понимание таких общих категорий, как «право на жизнь», «достоинство личности», «цели наказания», «гарантии справедливого судебного разбирательства» и др. и соотнести с ними упомянутые (и иные) решения, существенно расширяя представление о том, каких проблемы в принципе являются релевантными, когда речь идет о смертной казни.

История права. Необходимость обращения к истории права иногда рассматривается как часть социологического подхода при проведении

³⁶⁴ Bachan Singh v. State of Punjab. AIR 1980 SC 898 // <https://indiankanoon.org/doc/307021/>

³⁶⁵ The State v. Makwanyane and Others. 1995 (3) SA 391 (CC) // <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>

³⁶⁶ Решение от 29 декабря 1999 г. № 11-рп // <http://www.ccu.gov.ua/>

сравнений, поскольку исторический путь государства и общества – это в сущности часть социальной среды развития правовых идей. Тем не менее выделим эту область отдельно, чтобы подчеркнуть ее диахронное измерение.

Развитие исторической школы права связывают обычно с исследованиями немецкого ученого Ф. Савиньи. Фактически обращение к истории права (в том числе использование диахронного сравнения самостоятельно и даже в сочетании с синхронным) отстаивалось и раньше³⁶⁷. Однако именно в трудах Ф. Савиньи и его последователя Г. Пухты была последовательно проведена идея о необходимости изучения истории для понимания права и о связи права и народного духа³⁶⁸. Эта идея вполне отчетливо противостоит формально-догматическому подходу, предполагающему, что все, что нужно для понимания правового акта, содержится в самом этом акте³⁶⁹.

Можно было бы подумать, что историческая школа снижает интерес к сравнительным исследованиям, но большинство ученых считает, что, пусть и опосредованно, она дала большой вклад в развитие компаративистики, поскольку для понимания природы собственного права (хотя бы и определяемого исторической судьбой) было сочтено необходимым изучать иностранное³⁷⁰. На этой почве уже в конце XIX века выкристаллизовалось понимание (разделяемое в том числе представителями школы юридического

³⁶⁷ См.: Scarciglia R. A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times // Beijing Law Review. 2015. No. 6. Особенно впечатляет ссылка автора на работу Лейбница, в которой тот выражал надежду на новое направление в изучении права в историческом и сравнительном контексте.

³⁶⁸ См.: Захарова М. История развития идей сравнительного правоведения // Lex Russia. 2011. № 2. С. 205.

³⁶⁹ См.: Gordley J. Comparative Law and Legal History // The Oxford Handbook of Comparative Law. P. 760.

³⁷⁰ См.: Scarciglia R. Op.cit. P. 305. К этому автор добавляет и вклад таких ученых, как Л. Фейербах (который, хотя и подчеркивал роль истории народа в развитии соответствующей правовой системы, утверждал, что глубокое понимание права может быть основано только на универсальной науке сравнительного права) и Э. Ганс (отдававший предпочтение философской интерпретации истории права и полагавший, что история права каждой страны даст вклад в понимание универсальных законов правового развития).

позитивизма), что в исследовании конституционного права должно сочетаться обращение к догме права, его истории и сравнению³⁷¹.

Нормы конституционного права формируются с течением времени. В науке конституции рассматриваются как явления не только юридические и социально-политические, но и конкретно-исторические³⁷². Многие их нормы отражают определенный этап развития государства и общества, но кроме того, являются своего рода «реакцией» на полученный в прошлом опыт. Такие нормы могут оцениваться не только как отражение исторических обстоятельств, дающих определенный вклад в правовую культуру и традицию (культурологический подход), но и как поиск решения возникавших в прошлом и сохраняющихся проблем (элементы функционального подхода). Соответствующая идея получила обоснование, в частности, в рамках концепции конституций как отражений «конституционных страхов»³⁷³, и учет ее, как представляется, необходим в компаративных исследованиях.

К этому нужно добавить наличие именно в конституциях широкого круга норм, допускающих различное применение в случае конфликтов. Собственно, именно по таким нормам и возникает наибольшее количество споров³⁷⁴. Известны различные способы толкования конституций, и выше уже упоминалось, что эти способы не сводятся к грамматическому и систематическому. Историческое толкование позволяет как уяснить замысел разработчиков конституции в момент его принятия (оригинализм), так и учесть последующие изменения, происходящие в обществе (эволюционное толкование)³⁷⁵. При всех нюансах этих двух подходов, оба предполагают

³⁷¹ См.: Эсмен А. Общие основания конституционного права. Спб., 1898. С. 1, 20-21.

³⁷² См.: Конституционное право. Общая часть / Под ред. Н.А. Богдановой. М., 2017. С. 49

³⁷³ См.: Краснов М.А. «Конституционные страхи» // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 6. С.3-4; Шайо А. Ограничение власти. Краткий курс конституционализма. М., 2001. С. 11-17.

³⁷⁴ Заслуживающую внимания позицию о том, что споры и не возникают по поводу однозначных писанных норм, и поэтому большинство споров в принципе решаются на основе (исторически обусловленных) фундаментальных идей см.: Gordley J. Op.cit. P. 759.

³⁷⁵ См.: Должиков А.В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 139.

наличие представления об исторических обстоятельствах принятия и действия конституции.

Невозможность механического разделения нормативно оформленных принципов действующей конституции и принципов более ранних периодов политической истории справедливо подчеркивается в литературе: «Теория, связывающая современную конституцию с прошлым, позволяет увидеть без прикрас картину государства, соответствующую конституции. Конституционный закон – не только результат кодификации основополагающих правовых норм, но и как бы кодификация их связей с прошлым, которые придают этим нормам смысл, содержание, форму и действительность»³⁷⁶.

Это верно не только для изучения конституционного права одного государства, но и для сравнительных исследований. Важный момент заключается в том, что в ряде случаев только сопоставление объектов с учетом их исторического развития позволяет говорить об их сравнимости, и даже больше того - сама идентификация объектов для сравнения требует понимания их истории³⁷⁷.

Нельзя не заметить, что исторические исследования также дают методологический вклад в работу ученых. Сравнительно-исторические материалы нацелены на поиск причинно-следственных связей между явлениями. Снова, как в случае с социологией, мы можем сказать, что историческая наука прошла длинный путь поиска способов установления достаточных и необходимых оснований конкретных результатов (в том числе правовых) и выделения с этой целью существенных опорных точек с необходимой степенью детализации. Историческая наука с необходимостью дает ответ на вопрос, можно ли вообще выделять исторические закономерности, отвечающие критериям научного знания, с учетом сложности

³⁷⁶ Государственное право Германии. Т.1. М., 1994. С. 11-12.

³⁷⁷ См.: Scarciglia R. Op.cit. P. 292.

и специфичности исторических обстоятельств. Внимание к этому вопросу способствовало обращению к методам познания, направленным на преодоление вполне понятного скептицизма и полезным также и для компаративистов, таким как типологическая дифференциация, булева алгебра для оценки значения переменных и их комбинаций, разработка индикаторов оценки и др.; помимо уже упоминавшегося выше концептуального анализа следует подчеркнуть также перспективы использования анализа, направленного на объяснение последствий определенных событий (*process analysis*) (этот вид исследования доступен при малом количестве избранных случаев, особенно когда крупные статистические выборки по каким-либо причинам не доступны, и представляет собой детальную проработку связей между причинами и эффектами³⁷⁸). Речь идет о качественных оценках, которые могут дополнять или, напротив, опровергать соображения, полученные на основе количественных данных³⁷⁹. Выявляемые на основе описанных способов закономерности могут и не претендовать на абсолютность (формулировку верных на 100% законов); напротив, они учитывают динамику развития общественных отношений, и до некоторой степени – элементы случайного в этом развитии; но достаточно и определенной доли вероятности, полученной и оцененной в исследованиях, чтобы не скидывать выявленные закономерности со счетов при понимании конституционно-правовых институтов или выборе правовой политики³⁸⁰.

Обозначенные приемы пригодны для использования в исторических или сравнительных исследованиях конституционного права, проводимых по отдельности, но особенно высок их потенциал при соединении исторических и компаративистских задач. В этом случае не только нормы права, но и

³⁷⁸ См.: Mahoney J. Comparative-Historical Methodology // Annual Review of Sociology. Vol. 30. 2004. P. 88-89. О значении вероятностного знания для гуманитарных дисциплин см. также: Пивоев В.М. Философия и методология науки. Петрозаводск, 2013. С. 226.

³⁷⁹ См.: Goldthorpe J.H. On Sociology: Numbers, Narratives, and the Integration of Research and Theory. Oxford, 2000. P. 149.

³⁸⁰ См.: Mahoney J. Op. cit. P. 82.

выявленные сходства и различия могут быть оценены в системе и развитии. Различные в исторической перспективе конституционно-правовые институты иногда со временем приобретают черты сходства, а институты, схожие на определенном этапе, могут, напротив, постепенно давать расхождение. В отсутствие сравнения затруднительно понимание отдельных исторических фактов, и опыт каждого государства может быть рассмотрен, скорее, в категориях его уникальности, вдобавок детерминированной всей его предшествующей историей³⁸¹. В отсутствие диахронного измерения велико искушение объяснять различия между правовыми институтами особыми требованиями системы данного национального права, а сходства – отражением общих потребностей или универсальных принципов. Именно сочетание синхронного и диахронного сравнения способно дать вклад в повышение объективного характера знания.

Это можно увидеть на примере специфики различных моделей конституционного контроля. В частности, учреждение Конституционного совета французской Конституцией 1958 года, в исторической перспективе означало «привнесение во французскую конституционную традицию института, чуждого ей»³⁸². Даже в середине XX века, когда во многих государствах Европы уже появились специализированные органы конституционного правосудия (как результат понимания, наступившего после второй мировой войны, что не только исполнительные, но и законодательные органы должны быть эффективно подчинены конституции), во Франции соответствующее нововведение задумывалось как имеющее очень ограниченный характер («страж границ», отделяющих закон от регламентарных

³⁸¹ В действительности, внимание к истории в сравнительных исследованиях не означает автоматического отказа от создания правовых институтов путем «размышления и выбора», выходящего за рамки predeterminedness. В качестве примера часто приводятся статьи «Федералиста», но на самом деле процесс создания многих конституций подтверждает ту же идею. См.: Tushnet M. Comparative Constitutional Law // Oxford Handbook of Comparative Law. P. 1226.

³⁸² Favoreu L., Philippe X. La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958 // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-18.17365.html>

актов; полномочия только предварительного нормоконтроля³⁸³). Этот выбор не может быть объяснен без обращения к истории французской правовой мысли и особенно – формуле Ж.Ж. Руссо о законе как выражении общей воли, закрепленной в статье 6 Декларации 1789 года и положенной в основу конституционного строя государства, а также без понимания очень специального отношения к судебной власти, сложившегося во Франции в эпоху Революции и сохранившегося вплоть до установления режима V Республики³⁸⁴.

Вместе с тем французская модель, хотя и обусловленная историческими причинами, продемонстрировала большой потенциал трансформации в русле развития идей конституционного правосудия в целом. Серия реформ (причем некоторые из них были предприняты самим Конституционным советом, а некоторые – конституционным законодателем) привела к тому, что он получил возможность рассматривать конфликты, связанные не только с распределением власти между законодательной и исполнительной ветвями, но и с правами человека; инициированные не только правящим большинством, но и оппозицией; в процедурах не только предварительного, но и последующего (хотя только конкретного) нормоконтроля. Сравнение судебного контроля, существующего в западных странах, и контроля, осуществляемого французским Советом, а также сравнение последнего с органами, созданными по его образцу в ряде стран Азии и Африки, с учетом истории их функционирования позволяет прийти к значимым выводам относительно возможностей конституционного правосудия в ситуации стремления к обеспечению высшей юридической силы конституции и в ситуации нацеленности на имитационные механизмы, не способные замаскировать

³⁸³ См.: Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М., 1993. С 71-75, 141-142. Автор особенно подчеркивает, что изначально Совет отклонял любую возможность поставить нормативный акт под сомнение после его промульгации (хотя позднее и допустил некоторые исключения).

³⁸⁴ По словам некоторых французских авторов, революционеры 1789 года без сомнения учитывали опыт противостояния судов прежнего режима королевской власти и потому, оказавшись у власти, урезали их полномочия насколько могли, чтобы лишить суды политического влияния. Эта линия прослеживается, начиная от законов от 16 и 24 августа 1790 года и до принятия Конституции 1958 года. См.: *Droit constitutionnel / Coord. L. Favoreu*. Paris, 2004. P. 361.

слабость противостояния авторитарным политическим силам, злоупотребляющим конституцией³⁸⁵.

Политическая наука. Вопрос о соотношении науки конституционного права и политологии породил целый спектр мнений – от стремления полностью освободить первую от второй³⁸⁶ и до утверждений о проблематичности разграничения их предмета³⁸⁷; тот же вопрос (с тем же разбросом ответов) оказался перенесен и на уровень сравнительного конституционного права и сравнительной политологии. Заслуживающими особого внимания представляются исследования, в которых этот вопрос решается исходя из соотношения предмета регулирования конституционного права как отрасли и политики и политических институтов³⁸⁸. Для наших целей принципиален тот момент, что конституционное право и политика взаимодействуют в двух основных направлениях: «[с] одной стороны, конституционное право во многом формализует политику в своих нормах, придавая ей правовой характер. С другой стороны, политика существенно влияет на содержание конституционно-правовых норм»³⁸⁹.

По своей сущности, содержанию и функциональному предназначению конституции находятся на пересечении права и политики. Изучение в рамках конституционного права только правовых феноменов без должного основания устраняет из исследования целый пласт явлений из области политики, в действительности стоящих за конституцией. Кроме того, появление, реализация и развитие целого ряда конституционно-правовых норм не может быть корректно истолковано, объяснено и оценено без представления о

³⁸⁵ См.: Данилова Н.В. Французская модель конституционной юстиции и ее рецепция государствами Африки и Азии. Дисс. ...к.ю.н. М., 2012.

³⁸⁶ С опорой на теорию: Kelsen H. Introduction to the problems of legal theory. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law [1934]. Clarendon Press, Oxford, 2002. P. 7–8.

³⁸⁷ См.: Tushnet M. Op.cit. P. 1228.

³⁸⁸ См., напр.: Дюверже М. Политические институты и конституционное право // Антология мировой политической мысли. В 5 томах. М., 1997. Т. 2; Конституционное право. Общая часть / Под ред. Н.А. Богдановой. С. 38.

³⁸⁹ Кондратьева М.А. Конституционное право и политика в Российской Федерации: соотношение в сфере регулирования и конституционного контроля. Дисс. ... к.ю.н. М., 2010. С. 12.

политических силах, отношениях и действиях, пусть даже и в той их части, которая напрямую конституционным правом не урегулирована. Представляется, что проведение сравнения конституционно-правовых институтов если не во всех, то в большинстве случаев требует учета политических факторов, обычно находящихся в поле зрения политологии. Это актуализирует расширение объектов сравнительных конституционно-правовых исследований за счет теоретических и практических положений политической науки, уделяющей внимание конституционной политике, то есть власти и практикам политических элит и институций в соотношении с конституционным дизайном, интерпретацией, поправками, замещением, транзитом и конфликтами, с использованием особых методов (анализ групп интересов, количественные и качественные эмпирические методы и т.д.)³⁹⁰. В науке был озвучен призыв хотя не к ликвидации, но «понижению» стены между конституционным правом и политологией путем включения обеих дисциплин в сравнительные конституционные исследования³⁹¹.

Рассмотрим в качестве примера определенно «политически чувствительный» вопрос порядка и пределов реализации учредительной власти, в частности в процессе внесения поправок в конституцию. Существует целый ряд возможных вариантов усложнения процедур, призванных гарантировать стабильность основного закона, однако формирование конкретного «набора», а также решение вопроса о дополнении формальных ограничений содержательными (указанием на «неизменные» положения) не может происходить в отсутствие представления о «действительном соотношении политических сил». Так, хорошо известным и распространенным является требование квалифицированного большинства в парламенте; оно предполагает, что текущее правящее большинство не сможет менять основной закон по

³⁹⁰ См.: Gardbaum S. How Do and Should We Compare Constitutional Law // Comparing Comparative Law / Ed. by S. Besson, L. Heckendorn, S. Jube. Zurich, 2017.

³⁹¹ См.: Hirschl R. Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford, 2015. P. 13-14.

своему усмотрению, а только при условии достижения согласия с оппозиционным меньшинством; затруднение такого рода – это вопрос не только стабильности конституции и всей правовой системы, но и общественного согласия по поводу их изменения и, в конечном счете, легитимности. Однако на практике судить о том, будут ли достигнуты обозначенные цели, можно только с учетом распределения мандатов в парламенте. Известны случаи, когда так называемое конституционное большинство в парламенте получала одна партия или коалиция (в том числе в результате искажений, привносимых избирательной системой), незамедлительно принимавшаяся за изменение конституции в отсутствие поиска компромиссов и общественного обсуждения³⁹². При сохранении базовой конституционно-правовой гарантии в виде требования квалифицированного большинства в такой ситуации о защите конституции речь уже не идет. Больше того, необходимой защиты не дает даже известная двухуровневая система правил, в рамках которой для изменения самых фундаментальных глав конституции может быть признано недостаточно даже квалифицированного большинства в парламенте. Без учета политической практики изменения конституции соответствующие правила (о создании специального учредительного органа, проведения референдума для пересмотра конституции и т.д.) могут показаться достаточно надежными, и только анализ действий реальных политических акторов, стремящихся злоупотреблять демократическими процедурами изменения конституции для реализации собственных авторитарных устремлений, показывает, что эти устремления успешно реализуются путем изменений вовсе не фундаментальных ценностей конституции, а тех «инструментальных» положений, которые имеют более слабую защиту (порядок формирования исполнительной власти и иных

³⁹² См., напр. о ситуации в Венгрии: Арато Э. (Контр)революция урны для голосования Орбана – как она стала возможна // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3. С. 13-20; Кюппер Г. Конституционное развитие в Венгрии в 2011-2013 годах: конец демократии все еще за горами, но горы стали чуть ниже // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 5. С. 44-66.

органов, сроки функционирования и перечень полномочий и т.д.)³⁹³. А между тем, поскольку не существует четкой границы между «ценностными» и «инструментальными» конституционными положениями (в том смысле, что те нормы, которые регулируют организацию и осуществление власти и взаимодействие публичных органов с индивидами, в действительности вносят вклад в осуществление конституционной иерархии ценностей), то изменение менее защищенных положений на практике иногда означает фактическое искажение (нарушение) более защищенных установлений, формально остающихся в неприкосновенности. При таких условиях надеяться только на процедурные ограничения изменения конституции уже не приходится; встает вопрос о содержательной проверке конституционности изменений и корректных процедурах уже для нее³⁹⁴.

Иными словами, рассмотрение соответствующих конституционно-правовых институтов в сравнительной перспективе под углом зрения их действия в различных конкретных политических условиях способно серьезно скорректировать представление о значении самих институтов, их уместности в системе конституционного регулирования, необходимости уточнения или дополнения, с тем, чтобы они не становились объектами манипулирования со стороны политических сил.

Экономическая наука. Идея установления глобальной связи права и экономики не нова. Заметим только, что при указании на нее в науке были озвучены крайние позиции: от теории производности надстроечных правовых явлений от базисных экономических и до теории правовых основ (*legal origins theory*), в соответствии с которой экономическое развитие, напротив, определяется типом и особенностями правовой системы, институтами и направлениями государственной политики. Соответствующие крайности (не

³⁹³ См.: Диксон Р., Ландау Д. Транснациональный конституционализм и ограниченная доктрина неконституционного изменения конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. С. 39.

³⁹⁴ См.: Троицкая А. Российский Конституционный Суд и проверка поправок к Конституции: Как распахнуть приоткрытую дверь // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. С. 96-115.

сами идеи, а попытки выделить однонаправленные причинные связи) довольно быстро столкнулись с серьезной критикой³⁹⁵; позднее, при попытках сочетания макроэкономических и макрокомпаративных подходов, связывающих вопросы экономического развития государств с принадлежностью их к определенной правовой семье, методологические проблемы стали особенно заметны; оказалось достаточно проблематичным обоснование причинно-следственных связей на таком уровне³⁹⁶.

Целый ряд работ в науке посвящен также экономическому анализу права на микроуровне. Здесь ключевая идея состоит в том, что определенные нормы влекут за собой определенное поведение рационально функционирующих субъектов, стремящихся максимизировать свою пользу. При этом дескриптивный (позитивный) анализ нацелен на предсказание такого поведения и, соответственно, может действовать как инструмент выбора норм, позволяющих достичь желательных целей, а прескриптивный (нормативный) анализ базируется на дополнительном предположении о том, что правовые нормы призваны способствовать эффективному использованию ресурсов и поэтому должны строиться таким образом, чтобы при ограниченных ресурсах было удовлетворено как можно больше потребностей³⁹⁷. Конечно, обозначенные подходы также сталкивались с необходимостью уточнения, в том числе, критериев рационального поведения³⁹⁸ или критериев оптимальности

³⁹⁵ См., напр.: Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М. 1916. С. 134; Klerman D., Mahoney P.G. Legal Origins? // *Journal of Comparative Economics*. 2007. Vol. 35. P. 278.

³⁹⁶ Определенные события, в том числе революционная смена строя (и типа правовой системы) на социалистический, или переход от социализма к капитализму, служат своего рода триггером соответствующих теоретических построений. Затруднительно было бы отрицать роль экономических причин в создании революционных ситуаций, или значение целого ряда конституционно-правовых институтов (закрепляющих формы собственности, принципы экономической деятельности, роль государства в экономике и т.д.), для определения типа экономической системы и даже перспектив ее функционирования. Тем не менее, в литературе обоснованно подчеркиваются риски подмены понятий и неправильного представления концепций при попытке делать экономико-ориентированные обобщения в рамках макро-сравнений. См.: Husa J. *Interdisciplinary Comparative Law*. P. 33-35.

³⁹⁷ См.: Faust F. *Op. cit.* P. 839, 842.

³⁹⁸ См.: Posner R. *Economic Analysis of Law*. Aspen, 2003. P. 1.

распределения ресурсов³⁹⁹, равно как и с определенными возражениями, в частности, упреками в чрезмерном упрощении правовых феноменов и их последствий, в то время как последние не могут быть объяснены только с позиций «издержек» и «выгоды»⁴⁰⁰. Высказываемой критикой невозможно пренебречь с позиций конституционного права, поскольку оно заметным образом связано с ценностями, обеспечение которых в ряде случаев не должно определяться соображениями экономической эффективности. Однако важно подчеркнуть, что экономический анализ права и не претендует на всеохватывающее воспроизведение правовой реальности, стремясь, скорее, к обобщению некоторых ее сторон, связывая средства (правовые институты) и цели (благополучие отдельных индивидов, групп и общества в целом, обеспечиваемое в разных сферах жизни) и вдобавок до некоторой степени учитывая не вполне очевидные эффекты принимаемых решений, в том числе такие значимые для индивидов процессы и результаты, которые было бы затруднительно представить в стоимостном выражении. Кроме того, экономическая теория в действительности не завязана на вопросы исключительно эффективности; она «плодотворно применялась в других областях – при обсуждении вопросов справедливости (равенства), распределения и политики»⁴⁰¹. По этим причинам для конституционного права экономический подход может оставаться уместен, по крайней мере как один из существующих.

Экономический анализ тем более может быть полезен в сравнительных конституционно-правовых исследованиях, особенно принимая во внимание его потенциал объяснения выявленных в ходе такого исследования общих и особенных черт права в разных странах (создаваемого для максимизации известным образом понимаемой пользы). Принимаемые правотворческие и

³⁹⁹ См.: Cooter R., Ulen T., Law and Economics. New Delhi, 2004. P. 50.

⁴⁰⁰ См.: Вельяновски Ц.Г. Экономический подход к праву: критическое вступление // http://www.nsu.ru/nif/people_1/016.pdf

⁴⁰¹ Там же.

правоприменительные решения, естественно, направлены на получение определенных эффектов; выявление этих эффектов, предсказание и оценка успешности их достижения – задача, при выполнении которой экономический анализ может многое дать для понимания логики и смыслов конституционного права. Да и собственно финансовой стороной выстраивания моделей конституционно-правового регулирования, а также заимствования определенных институтов не всегда можно пренебречь, даже если она не является ни единственной, ни основной из числа принимаемых в расчет⁴⁰².

Наиболее явным примером пользы (и одновременно пределов применения в конституционном праве) экономического анализа могут служить дела, связанные с распределением материальных благ с целью обеспечения социальной поддержки⁴⁰³. При только что не совпадающих дословно формулировках некоторых конституционных норм реальная ситуация в сфере, требующей перераспределения материальных благ, различается в странах мира значительным образом. Одни лишь нормы конституции не могут дать объяснение этому, что находит отражение и в судебных решениях. Так, в одном из получивших известность дел, рассмотренных Конституционным судом ЮАР (государства, находящегося в крайне стесненных экономических условиях), речь шла о правилах оказания медицинской помощи⁴⁰⁴. Заявитель, страдавший от тяжелой формы хронической почечной недостаточности, нуждался в регулярном гемодиализе. Однако государственная больница, куда он обратился, испытывала нехватку аппаратов «искусственная почка» и могла оказывать помощь только ограниченному числу пациентов. Из-за нехватки ресурсов в

⁴⁰² Кроме того, экономические соображения могут учитываться при выборе из альтернатив, одинаково приемлемых по иным соображениям. См.: Mattei U. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor, 1997. P. 10.

⁴⁰³ Нормативную экономическую теорию обычно применяют именно при анализе аллокационной эффективности, выявлении ситуаций, когда эффективность не достигается, и при разработке альтернативных корректирующих решений. См.: Экономический анализ права: вопросы теории, методологии, правоприменения / Под ред. Е.Г. Шабловой, А.В.Шибина. Екатеринбург, 2013. С. 9. Для современного конституционного права это более чем актуальные задачи.

⁴⁰⁴ *Soobramoney vs. Minister of Health (Kwazulu-Natal)*. Текст решения на английском языке доступен на сайте: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>.

больнице был выработан комплекс правил предоставления помощи: автоматический доступ к диализу получали лишь пациенты с острой почечной недостаточностью, а пациенты, страдающие хронической формой болезни имели преимущество в случае показанной им трансплантация почек⁴⁰⁵. Поскольку в отношении заявителя из-за других его заболеваний трансплантация не планировалась и его имя оставалось в конце очереди на бесплатный диализ, он обжаловал такой порядок в Конституционном суде, ссылаясь на статьи Конституции, закрепляющие право на жизнь и услуги здравоохранения. Суд отверг требования заявителя, обратив внимание на конституционную формулу об обеспечении услуг здравоохранения «в пределах доступных ресурсов» и указав, что «при использовании имеющихся в наличии аппаратов “искусственной почки” в соответствии с [разработанными больницей] правилами, больше пациентов получают лечение, чем если бы эти аппараты использовались для сохранения жизни лицам с хронической почечной недостаточностью, и результат лечения также выглядит более удовлетворительным, потому что оно направлено на выздоровление пациентов, не просто на поддержание их в хроническом состоянии. Никто не делал заявления, что эти правила неразумны или что они не применялись справедливо и рационально...». Данное решение хорошо показывает специфику защиты социальных прав (даже в том случае, когда они явно связаны с таким личным правом, как право на жизнь), обусловленную финансовой затратностью и конкурентными условиями реализации этих прав. По сути, в решении сначала больницы, затем и Конституционного суда была выбрана помощь большему числу лиц в рамках имеющихся ресурсов, что, по-видимому, соответствует

⁴⁰⁵ Как указывается в тексте решения, в случае острой почечной недостаточности диализ, если он помогает в лечении, необходим на период времени от четырех до шести недель. В случае хронической почечной недостаточности, когда планируется трансплантация почек, диализ проводится вплоть до подбора донорского органа и пересадки. Иными словами, и в том и в другом случае речь идет о конечном времени использования аппарата «искусственная почка».

критерию Калдора-Хикса⁴⁰⁶. Однако отметим и прозвучавшие в решении Суда требования справедливости и равенства, акцент на которые был еще усилен в некоторых совпадающих мнениях. Правила больницы, устанавливающие не отказ в оказании помощи, а определенную ее очередность рассматривались как средство распределения ресурсов, необходимого, в свою очередь, для «наиболее справедливой и эффективной» реализации прав при стремлении к таким ценностям конституционного порядка как человеческое достоинство, свобода и равенство. Если бы эти ценности были сочтены нарушенными, одна только экономическая эффективность не позволила бы считать положение соответствующим конституции. С другой стороны, в отсутствие соображений экономической эффективности может оказаться проблематично понять, каким образом в том или ином государстве функционируют конституционно-правовые механизмы защиты социальных прав, социальной справедливости, перераспределения и т.д.

Конституционная психология. Вопрос о необходимости знаний из области психологии для целей юридических наук поставлен уже давно. Психология, имея предметом изучения явления психической жизни, в значительной степени ориентирована на «различные факты поведения» людей⁴⁰⁷ (поведения, в котором собственно объективируются психические процессы); при создании правовых установлений, призванных регулировать поведение, а равно и при изучении их эффективности с необходимостью следует опираться на фундамент представлений о закономерностях психической деятельности, позволяющей людям воспринимать право и строить

⁴⁰⁶ В соответствии с этим критерием, переход в другое экономическое состояние оправдан, если выигрыш улучшившей свое положение стороны превышает проигрыш стороны, ухудшившей положение, и «в принципе существует такое перераспределение, в результате которого выигравшая сторона, как минимум, полностью компенсирует потери проигравшей стороне и тем не менее остается в выигрыше по сравнению с исходным положением». См.: Эффективность и справедливость // <http://50.economicus.ru/index.php?ch=5&le=43&r=1&z=0>. Важно, что в рамках критерия перераспределение для компенсации проигравшей стороне теоретически возможно, а не должно обязательно случиться на практике (в приведенном случае лица, оказавшиеся в очереди раньше и получившие диализ бесплатно, могли бы передать заявителю часть сэкономленной суммы, дав ему возможность пройти курс в частной клинике).

⁴⁰⁷ Общая психология. С. 5-6.

свою жизнь в соответствии с ним, – побуждений, реакций, отражения в сознании внешних фактов, переработки идей и т.д.

При всей очевидности пользы для юриспруденции междисциплинарной связи с психологией, сама идея и ее применение для конкретных исследований далеки от детальной разработки, во всяком случае в областях, выходящих за рамки правоохранительных и судебных задач. По словам одного из авторов, «юридическую психологию изначально сориентировали на решение практических задач в юриспруденции, а точнее – в деятельности карательных государственных органов и иных структур, которые призваны решать вопросы правоприменительного характера... На сегодняшний день юридическая психология как таковая отсутствует»⁴⁰⁸. Некоторые вышедшие уже в постсоветский период издания, хотя и содержали указания на фундаментальный характер дисциплины, объединяющей задачи психологической и юридической наук («юридическая психология изучает закономерности системы “человек-право”»), труднообъяснимым образом концентрировались все-таки только на вопросах правопослушного и преступного поведения, правоохранительной деятельности, функционирования исправительных учреждений и т.п.⁴⁰⁹

В настоящее время нет никаких оснований оставлять «диалог» юриспруденции и психологии в тех же узких рамках. Следует отметить некоторые шаги, которые уже предприняты в науке конституционного права для расширения связей с системой теоретического и прикладного психологического знания. Особенно выделим работу, специально посвященную обоснованию более широкого понимания предмета правовой психологии («образ права в сознании субъекта как отраженные (субъективные) и внутренне переработанные личностью представления о праве, законе, правотворчестве и

⁴⁰⁸ Сорокин В.В. Правовая психология: вопросы теории // Философия и психология права / Под общ. ред. В.И. Жукова. Отв. ред. А.Б. Дидикин. М., 2018. С. 209-210.

⁴⁰⁹ См., напр.: Васильев В.Л. Юридическая психология. СПб., 1997. С.11-14; Сорокотягин И.Н. Правовая и юридическая психология (психология юриспруденции). Екатеринбург, 2002. С. 91-92.

т.д.»), выделению такого ее раздела как конституционная психология и изложению характерных черт российской конституционной психологии как феномена культуры, влияющего на конституционно-правовое развитие государства⁴¹⁰.

Отметим, что указанная публикация ставит вопрос о необходимости разграничения конституционной психологии как отрасли научного знания и как феномена культуры, проявляющегося на уровне индивидуальной психики и личности; применительно ко второй ипостаси конституционной психологии акцент сделан на особенностях культурно-исторического развития российского общества и государства, сознание русского народа и его национальную психологию. Такой же фокус на восприятие именно народом конституционно-правовой действительности можно увидеть и в некоторых других работах, посвященных конституционной психологии⁴¹¹. Не отрицая их значимости, заметим, что здесь заметен «крен» в сторону социальной психологии, с опорой на историю развития конкретного политического сообщества в определенных условиях. Представляется, что в рамках конституционной психологии продуктивным будет и дополнительное привлечение внимания к психологии личности (психологии эмоций, мыслей, воли), отражающей значимость не только общих черт, определяемых историческими, политическими и прочими особенностями конкретной социальной общности, но и индивидуальных черт человека, вступающего в конституционно-правовые отношения с определенной мотивацией, ценностями, переживаниями и т.д. Такой акцент сделан, например, в работе автора, тщательно анализирующего эмоциональную сторону конституционного права; по его словам, «базовые эмоции есть итог эволюции, и они крепко связаны со всем существом человека, включая его биологию,

⁴¹⁰ Аничкин Е.С., Каширский Д.В. Конституционная психология как отрасль научного знания и феномен культуры // Психология и право. 2019. № 2. С. 130-140. Оговоримся сразу, что термин «конституционная психология» необходимо отличать от термина «конституциональная психология», используемого для обозначения (не свободных от критики) исследований, предметом которых являются связи между строением тела человека и его психическими особенностями.

⁴¹¹ См., напр.: Ряховская Т.И. К вопросу о государственно-правовой традиции и конституционной психологии в российской среде // Российско-Азиатский правовой журнал. 2019. № 4. С. 23-25.

психику, социальность. Вследствие этого само их наличие не поставлено в зависимость от культурной среды»⁴¹². Здесь справедливо подчеркнута представление о сложной структуре личности, определяющей усвоение и применение конституционно-правовых идей и норм.

На первый взгляд, в конституционном праве психология личности может быть особенно полезна в контексте установления основ правового статуса человека и гражданина. Действительно, в основе всех прав и свобод лежат определенные функциональные и психологические потребности людей, и соответствующие правовые решения должны учитывать специфику этих потребностей. Направления государственной политики в самых разных сферах требуют учета психологических реакций индивидов на происходящее с ними в процессе выполнения государственных функций. Целый ряд судебных решений органов конституционного и конвенционного контроля демонстрирует, как легко ситуация заходит в тупик, если при выработке правовых норм не учитывается возможность их реализации в отношениях, в которых участвуют живые люди с интеллектуальными, волевыми, эмоциональными реакциями⁴¹³.

Вместе с тем, было бы неверно вводить некие соответствия и усматривать пользу обращения к социальной психологии только в контексте институциональных вопросов, а к психологии личности - в контексте правового положения человека и гражданина. Понимание психологии человека и как биологического, и как социального существа необходимо для решения любых конституционно-правовых задач. Приведем в качестве примера актуальную для российского конституционного права проблему дисбаланса в

⁴¹² Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003. С. 91-92.

⁴¹³ Особенно заметно (хотя вовсе не исключительно) это проявляется в сфере соматических прав и касается процедур прерывания беременности и выстраивания системы препятствий для данного медицинского вмешательства, последствий использования вспомогательных репродуктивных технологий, в том числе суррогатного материнства, принятия решений относительно донорства органов и тканей, выбора момента прекращения жизни и т.д. См.: R.R. v Poland, app. no. 27617/04, Judgment of 26 May 2011; Paradiso and Campanelly v. Italy, app. no. 25358/12, Judgment of 24 January 2017; Elberte v. Latvia, app. no. 61243/08, Judgment of 13 January 2015; Haas v. Switzerland, app. no. 31322/07, Judgment of 20 January 2011. См. также: Троицкая А.А. Психология права и соматические права: точка пересечения или неразрывные связи? // Философия и психология права: современные проблемы / Под ред. В.И. Жукова. М.: Институт государства и права РАН, 2018. С. 215-216.

системе разделения властей и устойчивой тенденции дрейфа от конституционализма в сторону монополизации политического рынка⁴¹⁴. Анализ, в рамках которого персоналистский характер верховной власти связывается с психологическими особенностями народа, возникшими в силу исторических традиций (особенно традиции монархизма) государства и общества,⁴¹⁵ - это один уровень изучения проблемы. Анализ, учитывающий разницу между стремлением одних обществ к рациональным идеям конституционализма как сдержке «пагубных страстей» и эмоциональной подвижностью людей других обществ, демонстрирующих гораздо меньшую готовность подчиняться рациональному правовому регулированию, и соответствующей ей готовностью граждан «отзываться на публичную власть» при условии, если она предъявлена небездушная,⁴¹⁶ - другой уровень исследования. Однако оба могут дать вклад в понимание фактического состояния или перспектив действия самых разных конституционно-правовых институтов – института главы государства (и формы правления в целом), политических прав, общественного контроля за деятельностью публичных органов власти и др.

Кроме того, натяжкой было бы сказать, что между различными разделами психологии существуют непроницаемые границы. Так, выделяемый иногда отдельно раздел политической психологии как междисциплинарной науки, изучающей «психологические компоненты политической жизни общества, которые формируются и проявляются в сознании социальных групп, наций, индивидов и реализуются в их практических действиях»⁴¹⁷, с очевидностью находится на стыке общей психологии, политической и социологической наук и изучает поведение (и его закономерности) как отдельных людей, так и их объединений. Целый ряд прикладных направлений политической психологии

⁴¹⁴ См., напр.: Краснов М.А., Шаблинский И.Г. Российская система власти: треугольник с одним углом. М., 2008. С. 10-11.

⁴¹⁵ См.: Аничкин Е.С., Каширский Д.В. Указ. соч. С. 134-135.

⁴¹⁶ См.: Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. С. 97-99.

⁴¹⁷ Бозаджиев В.Л. Политическая психология. М., 2015.

пересекается с предметом науки конституционного права – например, проблемы создания конституций⁴¹⁸. Представления об этом процессе как полностью рациональном могут быть существенно скорректированы в результате вовлечения в дискурс категорий из области психологии. Уже упоминавшаяся концепция «конституционных страхов» А. Шайо находится в подобном русле - русле различения эмоций в конституционном праве и их влияния на создаваемые конституционные институты.

Для сравнительного конституционного права подключение психологических аспектов (предопределяющих факторов или, напротив, последствий действия норм) имеет серьезный потенциал не только описания, но и объяснения различных моделей конституционно-правовых институтов, а также формирования на этой основе прескриптивных соображений. Один из характерных примеров этого – исследование К. Левенштайна, опубликованное в 1937 году и посвященное проблемам воинствующей демократии⁴¹⁹. Представив фашизм как движение, получившее распространение в целом ряде государств, Левенштайн особо подчеркнул, что к его признакам относится подмена конституционного правления *эмоциональным*, замещение верховенства права легализованным оппортунизмом. Фашизм был представлен не как идеология, а как политическое средство, способное разрушить демократию, испытывающую проблемы с тем, чтобы противостоять этому, потому что для демократии, непоколебимой «в том, что в долгосрочной перспективе правда сильнее лжи, а дух сможет отстоять себя против силы», такая же эмоциональность невозможна. Идея автора заключалась в том, что поскольку фашистские силы используют механизмы демократии для того, чтобы прийти к власти и после этого разрушить саму демократию, она должна быть способна защитить себя – в первую очередь, путем ограничения политических прав «врагов демократии». На основе сравнения политических и

⁴¹⁸ См.: Elster J. Political Psychology. Cambridge University Press, 1993. P. 15.

⁴¹⁹ См.: Loewenstein K. Militant Democracy and Fundamental Rights // The American Political Science Review. 1937. No. 3, 4.

законодательных мер, принятых в целом ряде европейских государств межвоенного периода, им было показано, как может сработать подобная трансформация самой концепции демократии – от процедурного ее понимания к содержательному – для целей ее принципиального сохранения в качестве политического режима. Подчеркнем, что с середины XX века эта концепция воинствующей демократии, то есть демократии, способной защитить себя, постепенно получала более широкое распространение в конституционном праве различных государств и использовалась на практике, сталкиваясь с новыми вопросами и подвергаясь корректировке, в том числе в части понимания мотивов и особенностей деятельности «врагов» демократии и факторов, определяющих эффективность стратегии противостояния им с помощью конституционно-правовых ограничений⁴²⁰.

Значимость психологических аспектов политической деятельности, конфигурирующих определенным образом конституционно-правовое пространство, проявляет себя и в рамках неожиданного «продолжения» концепции воинствующей демократии. Современная конституционная действительность показывает, что проблема режима «эмоционального правления» отнюдь не исчерпывается претензиями на власть тоталитарных политических сил. На повестке дня стоит задача осмысления феномена «популистских» режимов, достаточно ярко проявляющих себя в последние годы в отдельных странах, в том числе региона Центральной и Восточной Европы (в Польше и Венгрии). Следует сразу отметить, что существует множество подходов к определению ключевых особенностей популизма, но решающее значение имеет акцент, который правители-популисты делают на

⁴²⁰ См.: Roach K. Anti-Terrorism and Militant Democracy: Some Western and Eastern Responses // *Militant Democracy* / Ed. by A. Sajo. Amsterdam: Eleven International Publishing, 2004; Macklem P. Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe // *Constellations*. Vol. 19. 2012. No. 4; Tyulkina S. *Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond*. London and New York, 2015. Об эволюции позиций органов конституционного контроля по этой проблеме см.: Троицкая А. Политический экстремизм в России и за рубежом: современные конституционно-правовые меры противодействия // *Гражданское общество как гарантия политического диалога и противодействия экстремизму: ключевые конституционно-правовые проблемы* / Под ред. С.А. Авакьяна. М., 2015. С. 556-592.

фундаментальном значении воли (представляемого ими!) народа. С одной стороны, такой акцент позволяет популистам противопоставлять демократию и те принципы конституционного строя, которые означают сдержки государственной власти: поскольку в рамках популизма ключевая идея заключается в том, что государственная власть выражает интересы народа, а предпочтения народа должны превращаться во властные решения без изменений и промедлений⁴²¹, принципы конституционализма, направленные на ограничение государственной власти, исключаются из повестки дня. С другой стороны, для популистов кажется естественным не признавать существование политической оппозиции нормой. По словам одного из исследователей, «в дополнение к антиэлитарности, популисты еще и антиплюралисты. Они утверждают, что они и только они представляют людей. Все остальные политические конкуренты по сути нелегитимны, и любой, кто их не поддерживает, не является частью народа»⁴²². Противники популистов дискредитируются, например, как противники демократии, некомпетентные лица, или предатели, служащие иностранным державам⁴²³. Ситуация еще более осложняется тем фактом, что иностранное влияние для популистов является еще одной большой проблемой: если единственным источником принятия решений является народ, а точнее, популистская власть, которая неотделима (на словах) от народа, то борьба с иностранным и международным влиянием, в том числе средствами национального конституционного права, неизбежно приобретает гипертрофированное значение⁴²⁴.

Если объединить все названные эффекты, они показывают, что популисты борются со своими конкурентами, ссылаясь на необходимость

⁴²¹ См.: Смилов Д. Популизм как антипатернализм // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 3. С. 15.

⁴²² Müller J.-W. What Is Populism? Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016. P. 101.

⁴²³ См.: Kumm M. How populist authoritarian nationalism threatens constitutionalism or: Why constitutional resilience is a key issue of our time, VerfBlog, 2018/12/06 // <https://verfassungsblog.de/how-populist-authoritarian-nationalism-threatens-constitutionalism-or-why-constitutional-resilience-is-a-key-issue-of-our-time/>.

⁴²⁴ Ibid.

защиты демократии - конечно, нелиберальной версии демократии. Таким образом, популизм как идеология открывает путь для парадоксальной ситуации – если популисты уже находятся у власти и используют концепцию воинствующей демократии, то, в отличие от первоначальной концепции Левенштейна, речь идет не о защите демократии от ее разрушения эмоциональным правлением, а, напротив, о привлечении ряда эмоционально окрашенных (и по этой причине не исключено, что действительно популярных) соображений для установления режима, который далек от ряда ключевых принципов конституционализма. Учет психологических аспектов деятельности политических акторов необходим для выработки дальнейших путей защиты основ конституционализма в ситуации атаки на них со стороны популистов.

Внимание к психическим явлениям, проявляющим себя в деятельности людей, может быть полезно в рамках сравнительного исследования многих конституционно-правовых институтов. Представление о структуре личности значимо, когда речь идет о выработке и проведении различных направлений политики в государстве, но значимо оно в отношении не только «управляемых», но и «управляющих». Законодательная, исполнительная, контрольная, судебная деятельность – все эти виды деятельности осуществляются конкретными людьми, наделенными индивидуальными характеристиками и разделяющими определенные личные и групповые интересы. Некоторые из проявлений этих характеристик, интересов и т.п. могут быть «прочитаны» в текстах правовых актов, но некоторые требуют дополнительного изучения, особенно когда речь идет об иностранных для исследователя материалах, логику обоснования и даже самый стиль которых ему необходимо понять. Как и в случае с иными дисциплинами, конституционная психология должна внести свой вклад в конституционно-правовые исследования не только положительными знаниями о психических процессах, но и методологически. Наблюдение, не ограничивающееся описанием внешней стороны деятельности субъектов конституционно-

правовых отношений, а осуществляющее переход к объяснению психологической природы этой деятельности, психологической анализ ее результатов, интервьюирование, выявление анамнестических данных, их математическая обработка⁴²⁵ – все эти методы позволят ставить и решать новые, в том числе прогностические, задачи в сравнительном конституционном праве⁴²⁶.

Приведенный перечень дисциплин, объекты изучения и инструментарий которых способны давать положительный вклад в изучение правовых феноменов, может быть дополнен (антропология⁴²⁷, религиоведение⁴²⁸ и др.). Во всех случаях ключевым является потенциал объяснения причин возникновения конкретного правового института и функционирования его определенным образом.

Вместе с тем с методологических позиций важно не уйти в крайности субъективизма, а это означает, что в каждом конкретном исследовании идея обращения к «смежным» дисциплинам должна быть отрефлексирована, а польза такого обращения – ясна, по крайней мере в категориях цели и задач исследования. Расширение круга изучаемых объектов и применяемых методов должно давать вклад в понимание именно конституционно-правовой материи. При таком подходе учёт разнонаправленных векторов развития отношений между личностью, обществом и государством будет способствовать созданию рациональных принципов, регулирующих процессы познания этих отношений и процессы правового воздействия на них, и решению теоретических и практических задач науки конституционного права.

⁴²⁵ См.: Общая психология. С. 57-61.

⁴²⁶ См., напр.: Евсеев А.П. Психология конституционного судопроизводства. Харьков, 2013; Sajo A. Constitutional Sentiments. New Heaven and London, 2011.

⁴²⁷ См.: Ковлер А.И. Антропология права. М., 2002. С. 32-33 (о связи с задачами сравнения в праве).

⁴²⁸ См.: Пчелинцев А. Юридическое религиоведение как новое междисциплинарное направление в науке и образовании // Право и образование. 2009. № 7. С. 29-37 (в статье, помимо предметной области, определена также методология предлагаемого научного направления, включая «метод сравнительного правового анализа»).

Подводя итог, следует подчеркнуть вариативность существующих схем познания правовых феноменов с помощью сравнительного метода. Наука конституционного права может брать их на вооружение, со своей стороны делая вклад в понимание их эвристической пользы. В частности, именно конституционное право (как отрасль права высокой степени связи с условиями жизни и особенно – политическими структурами) показывает обоснованность идеи о том, что для сравнительных исследований не просто могут быть потенциально полезны все приведенные схемы по отдельности; сравнение конституционно-правовых институтов требует, чтобы все три схемы в сочетании находились в поле зрения компаративиста, что не исключает определения приоритетов для каждого исследования – какая составляющая права («в текстах», «в действии», «в культуре») будет востребована в большей степени.

В данной работе не ставится задача преуменьшить значение формально-юридического метода для изучения конституционно-правовых норм. Все же отметим, что поскольку последние, с одной стороны, обязаны своим происхождением и развитием историческим, политическим и иным особенностям конкретного общества, а с другой – призваны оказывать регулирующее воздействие на общество, уточняя, развивая или меняя его черты, то есть конфигурируя определенным образом его конституционную идентичность, для сравнительного конституционно-правового исследования это означает полное основание обращаться к культурологическому и функциональному подходам, основное преимущество которых состоит во внимании к среде, которая порождает определенные правовые формы и испытывает воздействие этих форм.

Подчеркнем, что идея состоит не в том, чтобы требовать от каждого сравнительного исследования «всеохватности». Идея состоит в том, что поставленная исследователем задача требует решения в рамках пригодной для этого схемы. Предмет науки конституционного права требует целостного подхода к методологии. Фокус на тех задачах, которые ставит современная наука

конституционного права, требует от исследователя гибкости и умения использовать различные методы.

С этой точки зрения смысл междисциплинарности состоит не только в привлечении дополнительных объектов для исследования их связей с конституционным правом, но и в использовании познавательного инструментария соответствующих дисциплин, призванного не допустить бессистемного нагромождения исторических, социально-политических, экономических, психологических и т.п. фактов, неспособных превратиться в четкий критерий сравнения конституционно-правовых порядков. Целенаправленное применение различных методов, дополняющих сравнительный, необходимо для решения задач исследователя.

§ 2. Сравнительный метод между презумпциями сходства и различий в конституционном праве⁴²⁹

Обособление приведенных выше схем познания, а также сочетание компаративистского и философского взглядов на конституционное право ставит важный вопрос относительно того, что именно будет (или должно быть) обнаружено по итогам сравнения конституционно-правовых идей, норм и практик разных государств – сходство или различие между ними. В методологических трудах можно увидеть две альтернативные установки – призванные акцентировать универсальность, либо уникальность правовых явлений. Поскольку по мысли некоторых авторов соответствующие установки должны иметь значение точек «когнитивного контроля» результатов сравнения (то есть определять, в каком случае результаты сравнения можно считать корректными), необходимо понять, что является фундаментом самих этих установок и дает ли конституционное право разных государств достаточно

⁴²⁹ При подготовке параграфа использованы материалы статьи: Троицкая А.А. Сравнительный метод в конституционном праве: между презумпциями сходства и различий // Труды Института государства и права. 2019. № 5. С. 84-113.

оснований для того, чтобы ориентировать исследователей на целенаправленный поиск в нем именно сходств (или различий).

Универсализм исходит из того, что в основе всех правовых систем лежат общие принципы, которые именно на основе сравнения и могут быть выявлены, даже если ознакомление непосредственно с правовыми нормами показывает несовпадение содержащихся в них формул. На протяжении XX века такой взгляд на смыслы сравнительного права сохранял влияние. Легко заметить, что это вводная, а не результирующая идея, – в том смысле, что она кладется в основу сравнительных исследований, а не является выводом из них. Универсализм, сформулированный как аксиома, а не гипотеза, которая еще только требует подтверждения сравнениями, с очевидностью имеет рациональное основание не в самом сравнении, а в чем-то внешнем по отношению к сравнению. Это рациональное основание связывалось с верой в базовое единство человечества (*essential unity of mankind*) и подкреплялось праведными соображениями о необходимости сотрудничества между нациями в правовой сфере так же, как и в любой другой⁴³⁰. Такая позиция была стартовой точкой для нескольких волн энтузиазма в отношении различных проектов унификации права; практическим ее выражением стала также статья 38 Статута Международного суда, закрепившая, что Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет, в числе прочего, «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»⁴³¹.

В сравнительном конституционном праве соответствующая установка проявляет себя в склонности к исследованиям проблем конституционализма. Конституционализм предполагает определенный набор признаков, нацеленных на обеспечение прав человека и ограничение публичной власти⁴³².

⁴³⁰ См.: Gurreridge H.C. Op. cit. P. 6.

⁴³¹ См.: Ibid.

⁴³² По сути, близкая идея выражена В.И. Круссом, который пишет о конституционном правопонимании (связываемом с общепризнанными в глобальном измерении правами и свободами

Концентрация на этой нормативной идее в рамках сравнительных исследований означает сведение всего многообразия конституционного права к одной идеологической модели и явное давление универсализма, приводящее к недостатку чувствительности к межгосударственным различиям⁴³³.

Из этого видно, что для науки конституционного права идея универсализма конструируется метафизически и парадоксальным образом относится, скорее, к области целеполагания (задач, которые должны быть решены по итогам сравнения), а не характеристики объектов сравнения как таковых.

По сути, универсализм является частью мировоззренческой позиции, восходящей к естественно-правовым конструкциям, имевшим как христианско-теологическое (Ф. Аквинский), так и гуманистическое (Г. Гроций, И. Кант и др.) обоснование и пережившим период расцвета еще прежде подъема позитивизма. Универсализм означает достаточно глобальную программу для сравнительного правоведения, поскольку ставит далеко не самоочевидные вопросы относительно «самоочевидных принципов», лежащих в основе всех правовых норм, (не)возможности выведения вторых из первых с математической точностью, объяснения существующих по факту различий в правовом регулировании общественных отношений в разных странах⁴³⁴.

В литературе можно встретить указания на то, что в ранних трудах естественно-правовой направленности связи между принципами и нормами высокого и низкого порядка были не только концептуальными, но и телеологическими: «Как говорил Аквинат в начале своего комментария к аристотелевой Этике, существует два вида порядка, который должен быть

человека) как «основании теории конституционной компаративистики и последующей транснациональной унификации конституционной правоприменительной (правоупорядочивающей) практики». См.: Крусс В.И. Конституционная компаративистика в системе юридического образования // Конституционное право и конституционная компаративистика в системе российского юридического образования. М., 2009. С.53, 63.

⁴³³ Tushnet M. Comparative Constitutional Law // The Oxford Handbook of Comparative Law. P. 1230-1231, 1256.

⁴³⁴ См.: Gordley J. The Universalist Heritage // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / Ed. by P. Legrand, M. Roderick. Cambridge, 2003. P. 31.

обнаружен в вещах: порядок части и целого и порядок средства и целей, причем первый основывается на втором. Части целого определяются через то, что они делают, а то, что они делают, - это средство к тому, что делает целое... Каждая норма может быть объяснена в терминах ее цели, которую она достигает во взаимосвязи с другими нормами, и эта цель может быть объяснена в терминах целей более высокого уровня»⁴³⁵.

Примечательна обнаруживающаяся здесь связь с функциональным подходом, рассматривающим нормы права с позиций выполняемых ими социальных задач, то есть, по сути, достижения определенных целей. Программа обнаружения общих социальных проблем и даже правовых ответов на них, а равно и установка основателей функционализма на подготовку проектов международной унификации права (стремиться «к устранению или сглаживанию различий в национальных правовых системах на основе общепризнанных принципов права»⁴³⁶) также перекликается с идеями универсализма, по крайней мере, на первый взгляд. Напротив, культурологический подход связывается обычно с акцентом на специфику, уникальную неповторимость каждой правовой системы

Тем не менее, здесь необходимы некоторые уточнения.

Как упоминалось выше, уже сами функционалисты делали весьма осторожные предположения относительно схожести способов решения одинаковых проблем разными правопорядками. Соответствующее утверждение было озвучено как «смелый и, вероятно, не лишенный некоторого преувеличения вывод». Кроме того, были сделаны оговорки относительно областей социальной жизни, тесно связанных с ценностями, историческими традициями развития культуры и т.д. и не создающих по этой причине предпосылок для развития в разных правопорядках совпадающих правовых норм. Наконец, даже за рамками областей права, имеющих «слишком сильный

⁴³⁵ Ibid. P. 32.

⁴³⁶ Цвагерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 31.

отпечаток политических и моральных представлений данного общества», идентичность была сформулирована как презумпция (*presumption similitudinis*)⁴³⁷, которая, по-видимому, все же допускает опровержение.

Если отвлечься от текста книги Цвайгерта и Кетца, то можно заметить, что остается не вполне очевидным, почему функциональный подход как таковой должен включать в себя *presumption similitudinis* в отношении правовых институтов. Функциональный подход по сути своей исходит из того, что правовые нормы выполняют функцию решения той или иной социальной проблемы; поскольку сравниваться должны сравнимые объекты, то есть нормы, выполняющие одну и ту же функцию, то посылку о сходстве социальных проблем также можно считать необходимой частью функционализма. Но третья опорная конструкция, приписываемая функционализму, – сходство правовых институтов – никак не вытекает из этого. В сущности, функционализм задает первый шаг, выбор объектов сравнения, но он не предопределяет того, какими окажутся эти объекты, до какой степени они будут схожи или различны: «Функциональная идентификация... говорит только о первой стадии сравнительного процесса; она ничего не говорит о том, что должно случиться с собранными данными»⁴³⁸.

Больше того, поскольку функционалисты писали о том, что сравнительное правоведение «расширяет и обогащает “набор решений” и предоставляет критически настроенному исследователю возможности найти “более оптимальное решение” для данного времени и места»⁴³⁹, то идею относительно одинаковых правовых решений едва ли можно понимать

⁴³⁷ Там же. С. 43-44. Собственно, и основоположник функционализма, Э. Рабель вводил известные рамки для утверждений относительно близких по характеру положений, решающих проблемы, сходным же образом возникающие в различных обществах. Говоря о предполагаемом единстве правовых институтов, он приводил в качестве примера только частнопроводные институты; кроме того, соответствующее утверждение формулировал как гипотезу, которую как раз и нужно проверять еще отчасти формируемыми методами. См.: Рабель Э. Указ. соч. С. 18-19.

⁴³⁸ Valcke C., Grellette M. Op.cit. P. 104.

⁴³⁹ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 23.

буквально. Если бы решения были одинаковыми, выбирать из них «лучшее для данного времени и места» не было бы возможности.

Наконец, нельзя не учитывать и того, что иногда универсализм как цель компаративистики задается в определенном смысле искусственно; затем под эту цель фактически подстраивается весь процесс сравнения, в том числе выбор объектов, которые и дадут искомую универсальность. Это прекрасно иллюстрируется позицией, озвученной еще прежде становления функционального подхода, но впоследствии им воспринятой, – «Цель всякого научного сопоставления состоит в том, чтобы выделить общие черты явления ввиду установления его действительной природы. Достижение же этой цели возможно лишь в том случае, если будут сравнивать однородное»⁴⁴⁰. На общий уровень правового, политического, экономического развития обществ как необходимое условие полезного сравнения по крайней мере некоторых существующих в них правовых институтов указывается и в более поздних, в том числе, современных работах⁴⁴¹.

Возможно, для ряда сравнительных исследований это правило действительно справедливо (хотя думается, что и в этом случае интерес должны представлять не только сходства, но и обнаруженные различия между институтами). Но по сути, выбор близких по культурным (в широком понимании этого слова) характеристикам стран не отрицает ни значения культурологического аспекта для сравнений, ни существования различий в институтах; просто этот аспект и различия элиминируются – и именно за счет выбора близких по уровню развития стран. Поскольку переменные, лежащие в политической, экономической, социальной плоскости, являются схожими для выбранных объектов, то эти переменные получают возможность быть абстрагированными для целей конкретного сравнения. Проблема, однако,

⁴⁴⁰ Ковалевский М.М. Сравнительно-историческое правоведение в его отношении к социологии // Социология. Теоретико-методологические и историко-социологические работы / Отв. ред. и сост. А.О. Бороноев. СПб., 2011. С. 157.

⁴⁴¹ См.: Gutteridge H.C Op. cit. P. 73; de Cruz P. Comparative Law in a Changing World. London, New York: Rourledge-Cavendish, 2008. P. 226- 227.

заключается в том, что даже если при таком подходе и будет обнаружено впечатляющее сходство правовых институтов, это еще не будет означать возможности сделать вывод о «действительной природе» соответствующего института, поскольку в другом контексте природа института вполне может оказаться иной (фальсификация вывода). Вывод о действительной природе правового института, равно как и об универсальной природе некоторых правовых принципов будет по-настоящему убедителен, если он сделан, напротив, на основе изучения правовых институтов, существующих в самом разном культурном контексте⁴⁴². В противном случае, идеи *presumption similitudinis*, как и идеи универсализма могут оставаться мировоззренческой позицией или нормативным проектом, и именно в качестве таковых сохранять свое значение для исследователя и для его работы, но они не становятся результатом сравнения, теорией, доказанной на основе использования сравнительного метода; соответственно, при переходе к практическим построениям по итогам сравнения это должно быть полностью учтено. Предпринимать шаги по совершенствованию какого-либо правового института с учетом уже имеющегося опыта его функционирования в одних условиях и просчитанных перспектив его действия в других условиях – это не то же самое, что пытаться привнести в правовую среду какую-то идею, якобы универсальную, а в действительности – характерную только для некоторых систем и, может быть, имеющую, а может быть – и не имеющую достаточных предпосылок для того, чтобы сработать в других системах.

Заметим, что все приведенные выше проблемы универсализма обнаруживают себя, когда речь идет о подходах, выработанных компаративистами, в значительной степени ориентированными на задачи сравнительного правоведения в целом или даже только частного права. Для

⁴⁴² По словам одного из исследователей, «что за заслуга заключалась бы в работе, которая нашла сходство в том, что было одинаковым с самого начала? Функциональный компаративист найдет величайшее удовлетворение в неочевидных сходствах, которые спрятаны глубоко внутри джунглей различных стилей, методов, процедур и источников права». См.: Dannemann G. Comparative Law: Study of Similarities or Differences // The Oxford Handbook of Comparative Law. P. 396.

конституционного права эти проблемы не просто проявляют себя еще рельефнее, а приобретают качественно иное значение, поскольку, как выше отмечалось, они обнаруживаются уже на стадии определения общности решаемых социальных задач. По словам одного из видных компаративистов, комментирующих посылку о сходстве проблем во всех обществах, «это может быть правдой во многих случаях для стран с похожим историческим и социально-экономическим опытом (например, для стран Западной Европы), но даже и тогда – не во всех случаях, и уж точно не для всех стран и правовых культур мира»⁴⁴³.

В действительности в конституционном праве были заявлены различные позиции – как утверждающие существенное сходство между конституционными принципами во всем мире⁴⁴⁴, так и обосновывающие сходство проблем, решаемых разными обществами, но сопутствующие им различия в решениях⁴⁴⁵. В некоторых случаях указание на «общее конституционное право» (общее в значении «характерное для ряда стран», поскольку в английском языке использован термин «*generic*») дополняется уточнением пределов соответствующей доктрины, связанных с рассмотрением органами конституционного контроля некоторых категорий дел⁴⁴⁶. Заметим здесь же, что в конституционно-правовых работах можно встретить и ссылки на позиции (восходящие к работе «О духе законов» Монтескье) о том, что все правовые проблемы так тесно связаны с особой историей и культурой

⁴⁴³ См.: van Hoescke M. Methodology of Comparative Legal Research // Law and Method. 2015 (<https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001>)

⁴⁴⁴ См.: Beatty D.M. Constitutional Law in Theory and Practice. Toronto, 1995. P. 4-5. Впрочем, нужно уточнить, что в книге речь идет о принципах, существующих «по крайней мере, в либерально-демократических обществах».

⁴⁴⁵ См.: Glendon M.A. Rights in Twentieth-Century Constitutions // University of Chicago Law Review. Vol. 59. 1992. P. 535-536. Опять же, здесь нужно уточнить, что автор работы устанавливает вполне отчетливые рамки высказываемой идеи: «каждая страна в демократическом мире имеет дело с напряжением между двумя идеалами[...] – режимом прав и государством всеобщего благоденствия. Каждая страна сталкивается с набором проблем, которые в общем виде похожи...». Как видим, речь идет о поисках баланса индивидуальной свободой и социальной солидарностью именно в демократическом мире.

⁴⁴⁶ См.: Law D. Generic Constitutional Law // Minnesota Law Review. Vol. 89. 2005. P. 652-751.

конкретного общества, что вопросы, релевантные для одного конституционного контекста, не будут (столь же) релевантны в другом контексте⁴⁴⁷.

В сущности не трудно увидеть, что отказ замечать контекстно обусловленные различия в конституционном праве моделируется до некоторой степени искусственно. В одном из фундаментальных трудов в области сравнительного конституционализма уверенный уход на функционализм был обоснован следующим образом: «Безотносительно того, являются ли проблемы и решения в основном похожими в *различных конституционных системах*, можно утверждать, что существует значительная степень согласованности (*congruence*) между проблемами и их возможными решениями по *всему спектру современной конституционной демократии*» (выделение добавлено. – *А.Т.*)⁴⁴⁸. Легко заметить тот же логический ход, который был сделан в работах, не акцентирующих именно конституционно-правовую проблематику, - установление презумпции сходства социальных задач и правовых решений, действие которой обеспечивается тем, что в сравнение включаются страны только одного типа – в данном случае, относящиеся к современной конституционной демократии. Подбор кейсов в упомянутой книге – в ней имеются ссылки на десятки решений США, ФРГ, Канады, Франции, Великобритании, Австралии, Индии, ЮАР, а также Европейского Суда по правам человека, по несколько решений из России, Венгрии, Италии, Израиля и Японии, и буквально по одному – от Аргентины, Белиза, Болгарии, Гамбии, Кении, Литвы, Норвегии, Танзании, Филиппин, Замбии, а также Африканской комиссии по правам человека и народов и Межамериканского Суда по правам человека – едва ли дает вполне отчетливый ответ на вопрос о том, какие именно

⁴⁴⁷ См.: Zucca L. Montesquieu, Methodological Pluralism and Comparative Constitutional Law // European Constitutional Law Review. Vol. 5. 2009. No. 3. P. 481-500.

⁴⁴⁸ Dorsen N., Rosenfeld M., Sajo A., Baer S. Comparative constitutionalism: Cases and materials. West Publishing company, 2003. P. 8. Обратим внимание и на название труда – речь идет о сравнительном конституционализме, а не о сравнительном конституционном праве; здесь уже заложена идея универсализма.

страны к какому типу относятся, тем более в разные годы своего существования, но этот подбор как нельзя лучше показывает оправданность некоторых критических замечаний в адрес функционализма в конституционном праве. Так, по словам одного из скептически настроенных авторов, «пора задать себе вопрос, насколько “сравнительной” является область, каноны которой проистекают главным образом из конституционного опыта полудюжины (в хороший день) политически стабильных, экономически преуспевающих либеральных демократий? Является ли (должно ли) это быть проблемой?.. Или это указывает лишь на релятивизм уроков, которые полагаются универсальными?»⁴⁴⁹

Подобные сомнения, конечно, подводят к мысли о том, что использование сравнительного метода в конституционном праве не сводимо к реализации задач политической философии и что объективно получаемые результаты его применения не должны подменяться вводными нормативными установками, чья актуальность для некоторых регионов остается, как минимум, под вопросом. Практически это означает необходимость выхода за рамки некоторого конвенционно принятого набора стран для сравнения и придания «равного дискурсивного достоинства традициям, не относящимся к европейско-американскому миру (*non-European-American traditions*)»⁴⁵⁰. Функционализм с его вниманием к похожим проблемам стран, находящихся на одном уровне развития, одним из конституционалистов был назван «очевидным редукционизмом» и «волшебным ковром-самолетом, способным доставлять исследователя от социально-политических проблем к правовым решениям, и от одной конституционной системы к другой – по дороге, оставляющей внизу

⁴⁴⁹ Hirschl R. Comparative Matters. P. 205.

⁴⁵⁰ Baxi U. The Colonial Heritage // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / Ed. by P. Legrand, M. Roderick. Cambridge, 2003. P. 50. Об эвристической пользе расширения географии исследований см. также: Троицкая А. Постсоциалистический конституционализм: методология изучения сквозь призму пределов защиты прав и свобод личности // Проблемы постсоветской теории и философии права: перспективы свободного общества. М., 2018. С. 286-287.

головоломки перевода и заботы о понимании странных законов странных культур»⁴⁵¹.

Отказ от подобного «редуцированного ковра-самолета», тем более, если он сопровождается расширением географии изучаемых конституционных систем, по-видимому, равносителен возвращению в исследования социального, политического, экономического контекста возникающих в обществе проблем и существующих правовых решений и, соответственно, - восстановлению значения различий. Как подчеркнул П. Хаберле, «никакого (правового) текста без контекста, и никакого (правового) текста без интерпретации»; далее, процитировав слова Р.Сменда («Если два основных закона говорят одно и то же, их значение не одинаково»), он акцентировал значение культурологического подхода для выявления смысла конституционно-правовых норм⁴⁵².

Вместе с тем, применительно к культурологическим подходам возникает прямо противоположный вопрос – как далеко можно зайти, делая акцент на различиях. Действительно ли именно обнаружение различий должно быть смыслом и своего рода контролем результатов сравнения?

В трудах сторонников культурологического подхода можно обнаружить именно такую установку. В частности, категория вживания, как было показано выше, означает восприятие системы в ее собственных категориях и (в явно декларируемый противовес установкам функционализма) смещение акцентов со сходства на различия: «отрицать различия – значит отрицать признание особенностей, которые образуют идентичность как таковую; то есть камуфлировать и перечеркивать идентичность»⁴⁵³. Если связывать специфику правовых институтов с категорией идентичности и воспринимать последнюю

⁴⁵¹ Frankenberg G. Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit. Edward Elgar Publishing, 2018. P. 71-72.

⁴⁵² См.: Häberle P. Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective // The Future of the European Judicial System in Comparative Perspective / Ed. by I. Pernice, J. Kokott, Ch. Saunders. Baden-Baden, 2006. P. 66-67.

⁴⁵³ См.: Curran V.G. Op. cit. P. 67.

серьезно, то неудивителен будет вывод о том, что даже институты, внешне выглядящие как одинаковые или похожие, таковыми в действительности не будут с учетом всех смыслов, стоящих за ними и требующих внимания. Вместе с тем, нужно подчеркнуть, что автор концепции «погружения», обозначив значение различий, все же явным образом отказалась вводить презумпцию различий: «Моя цель не состоит в том, чтобы продвигать поиск различий или отстаивать подход, противоположный подходу Цвайгерта и Кетца, устанавливая презумпцию различий. Скорее, я беспокоюсь о том, чтобы компаративисты остерегались избегать истин и сложностей истин, терять сущность атрибутов других правовых культур, игнорируя непере译имые вещи, и лишая себя возможности видеть различия из-за страха перед последствиями такого видения»⁴⁵⁴.

Наиболее последовательно позиция о необходимости в рамках сравнительных исследований характеризовать и акцентировать проистекающие из культурного контекста *различия как ценность* отстаивается в работах П.Леграна⁴⁵⁵. Данный автор подвергает достаточно бескомпромиссной критике желающих найти в правовых системах сходство, особенно по функциональной схеме: «Действуя в рамках спесивой программы, которая порождает опрометчивый и маниакальный (*frenetic*) поиск сходств-которые-с-очевидностью-должны-там-быть-потому-что-мы-хотим-их-там, компаративист презюмирует наличие сходств в разных юрисдикциях самим действием по их отысканию. Тогда “одинаковость” в разных законах, которую постулирует сравнительное исследование, с необходимостью основывается на подавлении и исключении относящихся к делу различий... Суммируя, выделение “одинаковости” может быть достигнуто только в том случае, если эпистемологическое измерение права искусственно исключено из аналитических рамок. Соответственно, создание и поддержание гомогенности

⁴⁵⁴ Ibid. P. 85.

⁴⁵⁵ См. в особенности: Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity. P. 365-460.

среди позитивных законов должно рассматриваться как явно насильственное мероприятие... Вот почему любая заявленная “универсальная” грамматика права неминуемо и разрушительно редуционна»⁴⁵⁶.

Таким образом, эпистемологически значимый сравнительный проект связывается с поиском различий, причем различий не просто в позитивном праве (на этом-то поверхностном уровне вполне можно увидеть и сходства), а более глубоких структурах правовой культуры, определяющей, каким образом люди («мы» или «они») мыслят право⁴⁵⁷. Здесь отчетливо ощущается стремление учитывать все оттенки взаимосвязей культуры и права, а презумпция различий призвана подчеркнуть богатство отдельных правовых традиций и особость каждой правовой системы. При этом выводы относительно различий распространяются не только на далекие друг от друга, но и на относительно близкие системы, поскольку культура, неотъемлемой частью которой является право, рассматривается как духовное творение соответствующего сообщества, а также продукт его уникального исторического опыта, который на протяжении веков очищался и интерпретировался в его уникальном воображении⁴⁵⁸.

Акцент на «инаковости» (*otherness*) права в рамках культурологического подхода вполне объясним с позиций уважительного отношения к плюралистичности форм и содержания правовой культуры. Отмечаемые в литературе проблемы, ассоциируемые с вниманием к различиям (релятивизация правового знания и потеря сравнимости изучаемых объектов⁴⁵⁹), заслуживают внимания, но не меняют существа дела. Если правовая реальность разных обществ действительно различна до степени

⁴⁵⁶ Ibid. P. 366-367.

⁴⁵⁷ Ibid. P. 369-370.

⁴⁵⁸ См.: Legrand P. *Comparatists-at-Law and the Contrarian Challenge*, Inaugural Lecture, Tilburg, 1995. Цит. по: Teubner G. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences* // *The Modern Law Review*. Vol. 61. 1998. P. 14.

⁴⁵⁹ См.: Siems. M. *Op. cit.* P. 103-104.

несопоставимости, это не значит, что соответствующие данные нужно искусственно сближать, чтобы сохранять возможность сопоставления.

Вопрос, скорее, заключается в том, действительно ли правовая реальность отдельных обществ различается до такой степени. Тут ощущается предзаданность выводов, нормативная установка, такая же по сути, какая имеет место в случае функционального подхода, только с противоположным знаком.

Не случайно в литературе методологического характера отмечается, что для компаративистов существуют аргументы как в пользу того, чтобы видеть универсальность правовых принципов, так и в пользу того, чтобы акцентировать вариативность. Примечательно, что для обеих сторон действуют аргументы одной и той же направленности - эпистемологический, моральный и политический⁴⁶⁰ (табл. 1).

Легко заметить, что аргументы в пользу универсальности излагаются в ключе предписания того, что должно получаться в праве, а не описания того, что на самом деле в нем есть; потому и аргументы в пользу вариативности направлены против искусственно домысливаемого или навязываемого сходства, против установок на универсальность как общего целеполагания. По этой причине аргументы в пользу универсальности фактически не препятствуют тому, чтобы видеть различия, а аргументы в пользу диверсификации не мешают замечать существование сходства как части объективной реальности.

Не оспаривая, а, напротив, утверждая необходимость погружения в культурный контекст действия конституционного права (как отрасли национального права, самым отчетливым образом отражающей идентичность политического сообщества), заметим все же, что из этого еще не следует с необходимостью вывод о наличии непроницаемых барьеров между различными культурными средами. «Различные культуры не являются герметичными,

⁴⁶⁰ См.: Cotterrell R. Is It So Bad to Be Different? // Comparative Law / Ed. by E.Örüsü, D.Nelken. Oxford, 2007.

подход аргумент	Универсализм	Диверсификация
эпистемологический	Если право претендует быть формой знания, то универсальные подходы к нему имеют больше оснований считаться истинными	Ближе к истине находится осознание реальных различий, нежели конструирование несуществующих сходств
моральный	Идея, разделяемая всеми, представляется более сильной	Правовые представления, разделяемые в одном обществе, не должны навязываться другим обществам
политический	Субъектам отношений с одинаковыми взглядами легче договариваться друг с другом	Искусственная унификация приводит не к партнерству, а к хаосу

Таблица 1. Аргументы в пользу универсальности и диверсификации представлений о праве.

закрытыми, неизменными сущностями. Культуры, в отличие от индивидов, не имеют готовых определенных границ. И если границы между культурами размыты, то и границы эпистемологического и морального содержания различных культур размыты тоже. Радикальные различия или

несопоставимость здесь не могут существовать»⁴⁶¹. Невозможно представить себе, каким образом на рациональных основаниях можно было бы отрицать обмен идеями между различными культурами, происходивший во все времена и тем более упрощаемый современными средствами коммуникации. Если культуры в принципе способны меняться (а никто из сторонников культурологического подхода не утверждает, что они существуют в застывшем виде), то, значит, они могут включать в себя новые идеи, а если они могут включать в себя новые идеи, то почему это не могут быть идеи иных культур?⁴⁶² Можно понять возражения против перспектив механического заимствования конституционно-правовых институтов (в основе которых лежит тезис о том, что ни один институт не может «выжить в том же виде» по итогам переноса в другую среду⁴⁶³), но даже если одни и те же конституционно-правовые решения не воспринимаются и не действуют вполне одинаково в разных обществах, они все же имеют определенный информационный потенциал, по крайней мере, частичного или поэтапного если не сближения, то расширения представлений о конституционном праве и его связи с различными социальными проблемами.

Иногда аргумент о культурном обмене трансформируется в аргумент о наличии субкультур в составе одной и той же культуры. Эти субкультуры могут пересекать границы государств, создавая предпосылки для проявления общих черт в правовых решениях разных юрисдикций⁴⁶⁴. Так, для конституционного права актуален диалог между судьями конституционных

⁴⁶¹ Peters A., Schwenke H. Comparative Law Beyond Post-Modernism // International and Comparative Law Quarterly. Vol. 49. 2000. No 4. P.814.

⁴⁶² В одной из работ звучит намек на то, что в этой точке сторонники постмодернистского по сути культурологического подхода выступают с недостаточно постмодернистских позиций, не учитывая «фрагментацию, дифференциацию, разделение и завершение дискурсов». См.: Teubner G. Legal Irritants. P. 15.

⁴⁶³ См.: Legrand P. The Impossibility of “Legal Transplants” // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 1997. P. 117.

⁴⁶⁴ См.: Peters A., Schwenke H. Op. cit.

судов⁴⁶⁵. Вполне можно представить себе, что задачи обеспечения высшей юридической силы конституции, защиты прав человека и конституционного демократического порядка покажут больше сходства по какому-либо вопросу в решениях конституционных судов разных государств, чем в решениях конституционного суда и парламента одного и того же государства. Как пример можно привести решение Верховного суда Израиля, в котором он обосновал, со ссылкой на решение Верховного суда США по делу Мэрбери против Мэдисона, необходимость конституционного контроля, хотя парламент такого полномочия не предусмотрел⁴⁶⁶.

На основе всего изложенного можно выдвинуть тезис о реальности всякой конституционно-правовой материи разных государств – как имеющей черты сходства, так и характеризующейся различиями. И сходства, и различия имеют когнитивную ценность и относятся к делу, когда речь идет о применении сравнительного метода в науке конституционного права. Как пишет в одной из своих работ П.Гленн с важной ссылкой на латинские корни термина, сравнение («*com-paring*») означает сведение и удержание вместе равных сущностей, сохраняющих свое значение и за рамками сравнения; поэтому логика сравнения означает не разделение, а «совместную жизнь в гармонии, а также и в уважении к различиям»⁴⁶⁷.

По этим причинам представляется заслуживающей поддержки позиция авторов, скептически относящихся к возможности установления каких бы то ни было презумпций, в том числе по причине относительности как сходств, так и

⁴⁶⁵ См.: Lübbe-Wolff G. Transnational Judicial Interaction and the Diplomatization of Judicial Decision-Making // *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformation* / Ed. by Ch. Landefried. Cambridge University Press, 2012. P. 233-249.

⁴⁶⁶ См.: United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village. CA 6821/93. IsrLR 1. См. также: Шустров Д.Г. Конституционная революция и возникновение принципа пропорциональности // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1. С. 92-116 (особенно часть статьи, в которой А.Барак, чье мнение по делу стало решением большинства, назван «израильским Джоном Маршаллом», с. 99).

⁴⁶⁷ Glenn P. *Com-paring* // *Comparative Law* / Ed. by E. Örücü, D. Nelken. Hart Publishing, 2007. P. 92. Анализ позиции см. также: Banakar R. Power, Culture and Method in Comparative Law // *International Journal of Law in Context*. Vol. 5. 2009. No. 1.

различий⁴⁶⁸. Больше того, по-видимому, ни функциональное, ни культурологическое направления по своим ключевым посылкам в действительности не привязаны однозначно к поиску сходств либо различий соответственно. Равным образом они могут приводить к обнаружению и того, и другого. Думается, с точки зрения эвристической пользы применения сравнительного метода лучше воздержаться от предзаданных установок на сходство или различие между конституционно-правовыми институтами, имея соответствующие данные как итог, а не как стартовую позицию исследования. По словам одного из дореволюционных авторов, исследования в области права «должны стать под знамена той положительной науки, которая, поставив своей задачей исследование законов юридических явлений, чужда всяких априорных построений и ищет разрешения своей многотрудной задачи на почве реальных условий юридического строя и в теснейшем союзе со всеми отраслями знаний, имеющими прямое или косвенное отношение к исследованиям общественных явлений»⁴⁶⁹. Эта идея подлежит распространению на область сравнительных исследований в науке конституционного права.

Отказ от предзаданности должен происходить уже на этапе определения социальной проблемы (функции правовых норм), к которой относится то или иное правовое решение. Для разных обществ могут существовать одни и те же проблемы; но, прежде чем констатировать это в конкретном исследовании, в этом нужно убедиться. Исследование, построенное на герменевтической основе, может показать, что выявляемые сходства и различия между конституционно-правовыми институтами, регулирующими определенный круг общественных отношений, связаны не просто с особой средой действия этих

⁴⁶⁸ См.: Legrand P. John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue // American Journal of Comparative Law. Vol.47. 1999. No.1. P. 42.

⁴⁶⁹ Пахман С.В. О современном движении в науке права. СПб., 1882. С. 13.

институтов, но с тем, что эта среда породила несколько отличающиеся проблемы⁴⁷⁰, для решения которых создавались соответствующие нормы⁴⁷¹.

Не исключен вариант, что сходства и различия, как уже отмечалось, проявляются на разном уровне абстрагирования. Формулирование общей проблемы создает необходимые единые рамки сравнительного исследования. Ее последующее уточнение для разных государств с учетом их особенностей позволяет создавать «теории среднего уровня», опосредуя связь теоретических конструкций высокой степени абстракции и эмпирического разнообразия, то есть формировать обобщения относительно конституционно-правового института, связанные с практикой реализации этого института в конкретных государствах, позволяющей выдвигать работающие гипотезы⁴⁷². При таком подходе будет удержана сопоставимость сравниваемых объектов, определенный уровень обобщения правового материала, при сохраняющемся понимании того, насколько разнообразны модели функционирования конституционно-правовых институтов. Как представляется, такой подход в максимальной степени соответствует логике сравнительного метода. Не случайно в научной среде отчетливо звучат призывы к объединению концептуальных и эмпирических конституционно-правовых исследований, направленных на построение таких теорий, которые учитывали бы вариативность воплощения доктринальных построений⁴⁷³.

Фокус на теориях среднего уровня означает, что использование сравнительного метода предполагает выход за рамки описания единичных

⁴⁷⁰ О двойной фрагментации в современном обществе (культурной полицентричности и функциональной дифференциации) см.: Luhmann N. The Paradox of Observing Systems // Cultural Critique. 1995. No. 31. P. 37-55.

⁴⁷¹ Тот факт, что право является частью этой среды и иногда сами правовые институты порождают социальные проблемы (см.: Siems M. Op. cit. P. 38), не меняет общей картины.

⁴⁷² Соответствующий термин был введен в социологии, используется в политической науке (см.: Чеснокова В.Ф. Язык социологии. М., 2010. С. 484-488; Сравнительная политология / Под ред. О.В. Гаман-Голутвиной. М., 2015. С. 29-30), и, как представляется, может быть востребован и в конституционном праве.

⁴⁷³ Такой призыв прозвучал, например, применительно к изучению принципа пропорциональности ограничения прав. См.: Dixon R. Proportionality and Comparative Constitutional Law Versus Studies // Law and Ethics of Human Rights. Vol. 2. 2018. No.12.

систем и формулирование выводов на некотором уровне обобщения, собственно, позволяющем сопоставлять изучаемые объекты; при этом в науке конституционного права сравнительный метод сам по себе еще не ведет ни к автоматическому переходу непосредственно к универсальным принципам развития права, ни к акцентированию неповторимой уникальности каждого правопорядка.

Иными словами, идея состоит в следующем. Использование сравнительного метода для построения теорий среднего уровня не означает, что в конституционном праве нельзя пойти на универсализацию выводов относительно принципов, лежащих в основе всей нормативной базы. С когнитивной точки зрения непроницаемых границ между теориями разного уровня нет. Результаты, полученные с помощью сравнительного метода, могут быть положены в основу дальнейшего обобщения (требующего, соответственно, обращения к дополнительным методам); и наоборот, в сравнительном исследовании существующие на практике модели могут быть сопоставлены с обобщенными теоретическими конструкциями для подтверждения или опровержения выдвинутых гипотез. Однако о чем нужно помнить, исследуя конституционно-правовые институты с помощью сравнительного метода, так это о том, что универсализация несет с собой риски потери значимых элементов конституционно-правового содержания, поскольку именно различия (внутри общей концептуальной основы) показывают реальное многообразие систем и потенциал их развития.

Это не значит также, что в конституционном праве нельзя фокусироваться только на различиях, - но такой фокус будет равносителен самодостаточному описанию отдельных систем, не имеющих отношения друг к другу. И только точное определение уровней, на которых в микро- и мезо-сравнениях в конституционном праве могут быть выявлены сходства и различия, позволяет говорить об осмысленном применении сравнительного метода.

Рассмотрим в качестве примера сравнение действия избирательных систем в контексте проблем политической конкуренции. Действие избирательных систем как части механизма сменяемости власти является вопросом, общим для различных конституционных порядков. Однако этот вопрос может быть уточнен в зависимости от того, идет ли речь о сменяемости власти в обществе с реальной многопартийностью (или реально действующим «маятником» двухпартийной системы), либо в обществе с доминантно-партийной системой. При этом становление в конкретном обществе соответствующей партийной системы само по себе является результатом сложного сочетания различных факторов, которые должны быть отрефлексированы. Функционирование института выборов также может происходить по различным сценариям, от корректной реализации правовых норм до имитационных механизмов (обнаруживаемых путем анализа как прямых нарушений избирательного законодательства, так и суммарных эффектов действия норм, регулирующих различные аспекты избирательных отношений – избирательные блоки, финансирование, допуск кандидатов, обязательные пороги явки, голосование «против всех» и т.д.). Институты избирательного права должны быть охарактеризованы с учетом того вклада, какой они дают (либо не в состоянии дать) в развитие политической конкуренции в контексте действия иных факторов, поддерживающих или подрывающих последнюю. Больше того, если речь идет о прескриптивных конструкциях, то выбор избирательной системы должен диктоваться не только абстрактно рассматриваемыми преимуществами и недостатками отдельных видов систем, но также их сравнительным потенциалом к развитию политической конкуренции в конкретных условиях⁴⁷⁴. Описанная схема позволяет не только совершенствовать теоретические представления об

⁴⁷⁴ Ср. с позицией: «выбор того или иного варианта и его закрепление в избирательном законе зависит от конкретных социально-политических условий и является вопросом политической целесообразности». См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20 ноября 1995 года № 77-О.

избирательных системах как инструменте народовластия (или, напротив, инструменте удержания власти конкретными политическими силами), но характеризовать и прогнозировать особенности действия этих систем по сумме обстоятельств, существующих в государстве. В различных политических сообществах разные избирательные системы могут давать похожий эффект для политической конкуренции, а похожие системы могут действовать по-разному, и это означает, что видя как сходства, так и различия в рассматриваемых системах, нужно четко характеризовать, где заканчиваются первые и начинаются вторые, и с какими причинами, лежащими не только в области права, но и политики, социальных практик разрешения конфликтов и т.д., это связано. Так, в некоторых работах было справедливо указано на принципиальные различия между российской и германской избирательными системами, действующими в настоящее время на выборах, соответственно, в Государственную Думу Федерального Собрания РФ и Бундестаг ФРГ⁴⁷⁵; обнаруживающая себя разница результатов применения двух систем актуализирует проблему поиска такой системы, которая в российских условиях способствовала бы развитию реальной политической конкуренции и эффективному представительству интересов различных групп граждан.

Во всех случаях работы с конституционно-правовыми институтами выявление сходств и различий должно происходить при контроле за тем, чтобы не были реализованы сопутствующие риски – прежде всего, риски правового империализма и правового релятивизма. Идеологическая нагрузка многих конституционно-правовых институтов и присутствие в науке конституционного права ценностных ориентиров субъектов познания делает эти риски особенно заметными. Конституционно-правовые категории, созданные в рамках

⁴⁷⁵ Пример такого исследования см.: Киреев Д.А. Искажения пропорциональности в избирательных системах Российской Федерации и Федеративной Республики Германия // Вестник Московского университета. Серия Право. 2019. № 4. См. также: Румянцев А. «Избыточные» мандаты и проблема легитимности в немецком избирательном праве // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 8. С. 5-15; Любарев А.Е. Сравнение германской и российской избирательных систем // Юридические исследования. 2013. № 11. С. 1-29.

конкретной системы ценностей определенных правовых порядков, не должны становиться единственной (псевдоуниверсальной) меркой, с которой исследователи подходят к иным порядкам; в то же время, недопустимо различные системы ценностей отождествлять под наименованиями, присущими только одной системе ценностей, теряя таким образом представление о существенной специфике конституционного права разных стран.

Эту идею можно проиллюстрировать, если вернуться к проблеме сфокусированности некоторых сравнительных исследований на категории конституционализма, выражающей набор ценностных установок, характерных для западного (евроатлантического) мира. Оценка обществ с иными ценностными установками с позиции того, насколько они близки к конституционализму в западном понимании, демонстрирует риски правового империализма; попытки отождествить с конституционализмом любой реально существующий конституционный строй (и появление таких терминов как «исламский конституционализм», «советский конституционализм» и т.д.), независимо от того, насколько его принципы близки ключевым идеям конституционализма, ставят вопросы о пределах «релятивизации» самой категории конституционализма. На самом деле, в существующих в мире разнообразных конституционно-правовых идеях и институтах можно видеть реальность, находящуюся за пределами конституционализма в западном понимании, и не называть ее конституционализмом.

Таким образом, при использовании сравнительного метода в конституционном праве следует критически подходить к определяемым мировоззрением целевым установкам на выявление сходств конституционных систем как отражения общего естественного права или прогрессивного движения человечества к некоему «правильному» праву, либо различий как выражения своеобразия культурной среды каждого политического сообщества. Крайности способны обеднять процесс познания, тем более, что, как было показано, соответствующие мировоззренческие позиции корректируют процесс

сравнения в таком русле, чтобы в итоге получить предзаданный результат. В случае стремления увидеть сходства речь может идти об искусственном сужении круга изучаемых стран. В случае акцента на различия неоправданно преувеличивается изолированность систем и неповторимость их культурных характеристик.

Примечательно, что в обоих случаях самые крайние позиции ставят под вопрос или по крайней мере серьезно видоизменяют смыслы использования сравнительного метода. Поиск универсальных черт права имеет отправной точкой философские категории высокого порядка (справедливость⁴⁷⁶, свобода⁴⁷⁷, коммуникативное действие⁴⁷⁸ и др.) и предполагает такой высокий уровень абстрагирования деталей содержания норм, какой оставляет в стороне изучение специфики конституционно-правового регулирования тех или иных отношений в конкретных государствах – действующее регулирование, скорее, может быть сопоставлено с универсальными конструкциями на предмет соответствия им (восхождение от абстрактного к конкретному, а не наоборот). Конституционное право с необходимостью воплощает те или иные варианты понимания в конкретном политическом сообществе соответствующих философских категорий, но исследования, направленные на постижение универсальных законов бытия права, его смыслов основываются не на обобщении эмпирического материала, а на идеалах, на ценностной ориентации⁴⁷⁹; собственно сравнительный метод в этом случае остается в стороне. Поиск же различий в отсутствие «общих знаменателей» рискует оставить сравнение бессодержательным или, во всяком случае, заместить его детальным описанием каждой конституционной системы по отдельности, сопровождаемым утверждениями об их разнообразии, что, безусловно, значимо с точки зрения расширения представлений о конституционно-правовой

⁴⁷⁶ См., напр.: Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010.

⁴⁷⁷ См., напр.: фон Хайек Ф.А. Право, законодательство и свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006.

⁴⁷⁸ См.: Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. М., 2000.

⁴⁷⁹ См. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 221-222.

реальности, но не будет означать большого продвижения с точки зрения именно сравнения систем. В обоих случаях самые значимые выводы оказываются получены, собственно, без сравнения конституционно-правовых институтов друг с другом, что не преуменьшает значимости этих выводов, но напоминает о ключевом предназначении сравнительного метода (получение такого знания на основе сравнения двух и более объектов, которое не может быть получено при исследовании только одного объекта).

Конституционное право сопряжено с многообразием существующих в мире содержательных конструкций, не исключая, впрочем, их пересечения. Понимание этих конструкций требует внимания как к сходствам, так и к различиям конкретных правовых порядков (а равно причин их функционирования именно в таком, а не ином виде). Использование сравнительного метода в отсутствие стремления к предзаданным результатам направленно одновременно на понимание закономерностей развития конституционно-правовых институтов и сохранение горизонта их разнообразия как важной составляющей этого развития. Исследователю следует всякий раз дистанцироваться от своих предубеждений относительно сходства или различий между изучаемыми институтами, перепроверяя полученные результаты на предмет того, действительно ли они являются результатами применения сравнительного метода, а не заданными изначально конструкциями.

Анализ базовых подходов к использованию сравнительного метода в науке конституционного права демонстрирует потенциал их эволюции в русле постмодернистской парадигмы познания, философские основания которой проявляют себя в компаративистской методологии вполне отчетливо. Это относится и к возможности рассматривать конституционно-правовые порядки

как сложные саморазвивающиеся системы с характерным для них переходом от одного вида саморегуляции к другому (что требует внимания исследователей к факторам, задающим направления развития и, соответственно, вовлечения в исследования объектов и методологического инструментария смежных наук); и к общей установке на «схватывание» правовых феноменов (что актуализирует вопросы о возможностях редукции, о беспредпосылочности исследований и других аспектах философии сознания); и востребованности герменевтических подходов к познанию конституционного права.

Для науки конституционного права выход за жесткие рамки позитивизма и помещение правовых институтов в контекст социальных задач и культуры общества в целом диктуется не произвольным усмотрением, а стремлением к формированию объёмной многомерной картины развития конституционно-правовой реальности, создаваемой и функционирующей под воздействием ряда факторов. Если отрасль конституционного права постоянно, в каждый момент времени находится в поле напряжения, создаваемого силовыми линиями эволюции общественных отношений в различных сферах жизни и столкновения социальных сил, то со стороны науки конституционного права было бы неверно пренебрегать этими линиями, игнорируя факторы появления, смыслы существования и стратегии совершенствования конституционно-правовых норм.

Существующие базовые подходы к использованию сравнительного метода в юридической науке могут быть применены к сравнению конституционно-правовых институтов только с учетом особенностей последних, в первую очередь, их связей с политической средой общества, особенностями исторического развития этой среды, сформировавшихся в ней практик разрешения конфликтов и балансирования интересов различных социальных групп. По этой причине для конституционного права оказываются востребованы подходы, сочетающие телеологические установки функционализма и резерв установления причинно-следственных связей

культурологических (контекстуальных) направлений, обеспечивающие выявление и объяснение сходств и различий между конституционными порядками и понимание перспектив совершенствования на этой основе таких порядков. Отказ от восприятия конституционно-правовых норм и концепций как полностью политически и социально нейтральных позволяет приблизиться к реальности конституционного права, существующего в политической, экономической, социальной, в широком смысле – культурной среде, и в свою очередь влияющего на нее, и одновременно закладывает потенциал развития конституционного права.

Вместе с тем, для конституционного права остается верным фундаментальное значение рассмотренных подходов – как схем познания, призванных определить, во-первых, цели, которые могут и должны быть достигнуты с помощью сравнительного метода, и, во-вторых, в соответствии с целями – конфигурации сравнительных исследований. Большое внимание, которое уделяется в науке всем представленным схемам, вопросам об их соотношении и сочетании, оправдано по той причине, что выбор соответствующей схемы предопределяет реализацию всех этапов применения сравнительного метода в конституционно-правовом исследовании – от целеполагания и до оценок полученных результатов.

Глава 3. Цели использования сравнительного метода в конституционно-правовых исследованиях⁴⁸⁰

Часть вопросов, адресуемых методологии сравнительных исследований в конституционном праве, связана с теми целями, которые в принципе могут быть достигнуты с помощью сравнительного метода. Иными словами, наряду с обозначением позиций по вопросам «что» и «как» мы изучаем, необходимо уделить внимание еще одному вопросу, позволяющему составить более детальное представление о специфике обращения к сравнительному методу, - «зачем» мы изучаем конституционное право именно в сравнительной перспективе. Думается, что ответ на него в значительной степени предопределяет также и ответы на вопросы «что» и «как». Во всяком случае, речь идет о том, что обращение к сравнениям – это не дань сиюминутной моде и не самоцель. Смысл использования сравнительного метода должен быть ясен применительно к каждому исследованию, где такой метод применен в качестве одного из путей познания; но в данном случае будет предпринята попытка представить обобщающие замечания по этой проблеме.

При этом мы выйдем за рамки представлений, в соответствии с которыми целями сравнительного права, как и любой другой науки, должно быть «получение знания», в данном случае – знания о конституционно-правовых нормах и институтах⁴⁸¹. Это обстоятельство не вызывает сомнений. Все же следует детализировать, какое именно знание (и за счет каких особенностей сравнительного метода) может быть получено.

Подчеркнем, что сама по себе осмысленность целеполагания сравнительных исследований в конституционном праве в настоящее время не ставится под сомнение. В некоторых отечественных и зарубежных работах

⁴⁸⁰ При подготовке главы использованы материалы статьи: Троицкая А.А. Цели сравнительных исследований в конституционном праве // Государство и право. 2018. № 7. С. 21-38.

⁴⁸¹ Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I) // The American Journal of Comparative Law. Vol.39. 1991. No. 1. P. 4-5.

советского периода можно было встретить более чем скромную оценку возможностей, которые дает компаративистика: «сравнение в социальной области может быть применено только к известным чертам известных явлений и дальнейшие заключения, основанные на нем, могут служить только классификации, систематизации и обобщению знаний уже приобретенных»⁴⁸². Конечно, и эти цели достойны того, чтобы ставить и достигать их; однако ими дело не ограничивается. Возможно, искусственное сужение смыслов применения сравнительного метода, особенно в сфере государственного права, в советское время имело идеологические причины. Независимо от этого, теперь может быть развернута более полная картина целеполагания компаративистов.

При этом речь пойдет о целях применения сравнительного метода именно в конституционно-правовых исследованиях. Не отрицая важности генерализованных идей относительно целей сравнительного правоведения в общем, сфокусируемся все же на работе с конституционно-правовыми институтами, уже упоминавшиеся особенности которых серьезным образом корректируют представления о том, какие результаты для них могут быть достигнуты с помощью сравнительного метода.

Оговоримся также, что основное внимание будет уделено целям применения сравнительного метода в доктринальных работах, хотя данный метод может быть использован и используется на практике также и в деятельности органов публичной власти, как политических, так и судебных. Кроме того, некоторые исследователи, когда определяют цели сравнения, специально подчеркивают также образовательное его измерение⁴⁸³. Каждое

⁴⁸² См.: Peteri Z. Goals and Methods of Legal Comparison // The Comparison of Law. La comparaison de droit. Budapest, 1974. P. 51. Цит. по: Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. С. 14.

⁴⁸³ Так, один из исследователей различает практические, социологические, политические и педагогические цели сравнительного права, имея в виду под последней формирование для студентов критической перспективы. См.: Ögücü E. Developing Comparative Law // Comparative Law / Ed. by E. Ögücü, D. Nelken. Hart Publishing, 2007. P. 44. Думается все же, что критический потенциал применения сравнительного метода актуален для всех его пользователей, не только для студентов.

направление деятельности имеет свои задачи⁴⁸⁴, специфику которых мы постараемся учесть; вместе с тем в ряде случаев для науки, практики и преподавания действуют одни и те же целевые установки, определяющие смыслы использования сравнительного метода.

§ 1. Информационные / классификационные цели.

Синхронное сравнение может происходить только при наличии информации о соответствующих конституционно-правовых институтах сравниваемых государств. Заметим, что исследование может быть посвящено сопоставлению отечественных положений с иностранными, но в нем могут быть представлены и только иностранные для исследователя государства. В обоих случаях обращение к конституционному праву зарубежных государств необходимо.

Ситуацию, когда речь идет о сборе и изложении информации о конституционном праве иностранного государства как начальной стадии применения сравнительного метода, предполагающего и иные стадии (собственно сопоставление объектов, выявление сходств и отличий, их объяснения, оценка), следует отличать от ситуации, когда автор в принципе посвящает свою работу одному государству. В последнем случае можно говорить не об использовании сравнительного метода⁴⁸⁵, а только о создании предпосылок для его использования⁴⁸⁶. Проведение сравнительного

⁴⁸⁴ Например, в литературе отмечались различия в методе рассуждений, используемом судьей и профессором, притом что первый «концентрирует свою мыслительную деятельность на поставленном ему спорном вопросе и непосредственных следствиях его решения;... в глазах второго каждая спорная проблема есть часть более общего целого; следовательно, он занят поисками такого ответа, который укладывался бы в рамки общей концепции». См.: Люшер Ф. Конституционная защита права и свобод личности. М., 1993. С. 22.

⁴⁸⁵ См.: *Hirschl R. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law // The American Journal of Comparative Law. 2005. Vol. 53. No. 1. P. 126.*

⁴⁸⁶ Некоторые авторы подходят к делу еще строже, подчеркивая, что не только представление данных об одной отдельно взятой стране не может считаться сравнением (что вполне очевидно), но даже информация, которая представлена в виде параллельных или сведенных в таблицу данных по разным странам и оставляет читателям самостоятельно делать выводы относительно различий, не может претендовать быть сравнением. См.: *Gutteridge H.C. Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1946. P. 8.*

конституционно-правового исследования – это не то же самое, что обращение к конституционному праву зарубежных государств, взятых по отдельности. Другими словами, информация может не означать сравнения, но сравнение означает информацию, хотя и не сводится к ней. С этих позиций и следует подчеркнуть перспективы достижения обозначенной цели применения сравнительного метода.

Ключевой момент здесь видится в выработке специальных аналитических структур, позволяющих изучать конституционное право различных государств. На этом уровне целеполагания с очевидностью раскрывается потенциал догматического подхода: «формально-юридический метод выявляет основные элементы, черты и свойства правовых явлений. Без познания таких “правовых элементов” сравнение становится беспредметным»⁴⁸⁷. Вместе с тем, важно подчеркнуть, что указанные процессы соответствуют герменевтическим процедурам, в которые могут быть включены и иные инструменты (из числа приведенных выше как сопутствующих культурологическому подходу). Накопленные знания о специфике конституционно-правовых институтов, существующих в зарубежных государствах, исторических условиях их возникновения, особенностях нормативного оформления в системе правового регулирования и практики реализации, оценках соответствующих положений в самих государствах, где они действуют, а также возможных перспективах их совершенствования позволяют формировать понятийные ряды науки и создавать классификации явлений правовой действительности.

С учетом этой основы создается ситуация, когда всякое последующее изучение иностранного конституционного права происходит уже не «с чистого листа». Когда исследователь вникает в иностранную систему и затем описывает ее, он с необходимостью делает это в «сетке» уже имеющихся понятий и выработанных типологий. В свою очередь дальнейшая систематизация получаемой информации – это основа для уточнения аппарата науки

⁴⁸⁷ Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т.1. М., 2010. С. 95.

конституционного права, а не только результат уже существующих наработок в этой области. Именно таким образом и создаются предпосылки для того, чтобы обращение к зарубежному праву становилось частью сложного интеллектуального процесса, а не оставалось бы отдельной мыслительной операцией⁴⁸⁸.

В этом смысле большое значение для сравнительного изучения конституционно-правовых норм и практик имеет выделение в системе науки специального блока знания – общего конституционного права, раскрывающего основные понятия и теории науки и позволяющего сориентироваться в конституционно-правовом массиве государств разных цивилизационных типов. Можно было бы сказать даже, что общая часть конституционного права – это своего рода первая ступень в развитии сравнительных конституционно-правовых исследований, создающая необходимый каркас представлений о соответствующих объектах науки (в рамках таких разделов как теория конституции, конституционализм и основы конституционного строя, конституционные основы правового положения личности, территориальной организации государства, формирования и системы государственных органов и др.). Сравнительные исследования могут опираться на эти представления и, что существенно, содействовать их наращиванию.

С точки зрения сравнительных исследований конституционного права особенный интерес представляет использование такого инструмента как «идеальные типы» в веберовском понимании. «Идеальные типы» М. Вебера – это аналитические инструменты, позволяющие обнаружить абстрактный образец, с которым могут быть сопоставлены разнообразные отобранные для этой цели эмпирические данные. В литературе было высказано заслуживающее внимания предположение, что «идеальные типы» могут быть применимы к

⁴⁸⁸ См.: Jansen N. Comparative Law and Comparative Knowledge // The Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford University Press, 2008. P. 311.

анализу конституций⁴⁸⁹. Сравнительно-правовой анализ может быть проведен с учетом логически точных аналитических конструкций, в том числе характеризующих базовое предназначение конституционно-правовых институтов. Анализ совпадений или отклонений реальных институтов от идеальных типов позволит оставаться в русле правового исследования, не допуская ухода в описательность в работе с эмпирическим материалом и обеспечивая понимание потенциала каждого института, а теоретически – и делая вклад в уточнение общих конституционно-правовых концепций и типологий.

Поскольку с точки зрения конституционного права речь идет о создании идеальной модели какого-либо института на основе изучения реально существующих норм и практик, то она может быть охарактеризована как мысленная, аналитическая, но не фиктивная⁴⁹⁰ (здесь происходит «смычка» с теоретическими задачами, о которых речь пойдет ниже). Сама по себе такая модель не является описанием реально действующих институтов, но выражает собой концепты для их описания. Соотнесение исследуемых институтов с нею позволяет представлять материал, следуя определенной схеме, что означает возможность получения систематизированной информации о сравниваемых объектах (и собственно их сравнимости) вместо фрагментированных сведений⁴⁹¹.

Заметим, что такая логика имеет далеко идущие эффекты, поскольку позволяет выбрать путь исследования, в рамках которого иные системы оцениваются с позиций построенных научных концептов, а не просто с точки зрения собственной конституционно-правовой системы. Формирование

⁴⁸⁹ См.: Leyland P. *Opposition and Fragmentations: In Search of a Formula for Comparative Analysis // Comparative Law in the 21st Century* / Ed. by A. Hardy, E. Örsü. London, 2002. P. 221; Соболева А.К. *Филология и теория права: совместные поиски будущего // Проблемы методологии и философии права* / Под ред. С.Н. Касаткина. Самара, 2014. С. 18.

⁴⁹⁰ См.: Husa J. *The False Dichotomy between Theory and Practice: Lessons from Comparative Law // Rechtswissenschaft als Juristische Doktrin* / Ed. by C. Peterson. Stockholm, 2011. P. 115-117.

⁴⁹¹ *Ibid.* См. также практическое применение сравнительного метода в обозначенных целях на примере сконструированного комплексного права: Троицкая А. *Право на протест: содержание и эффективность реализации // Сравнительное конституционное обозрение*. 2012. № 5. С. 34–42

«идеального типа» по итогам обращения к различным существующим в реальности институтам должно служить мощным препятствием на пути к идеализации какого-то одного из них и способствовать освоению правовой материи во всем ее многообразии⁴⁹². Сопоставление правовых институтов различных стран через посредство идеального типа позволяют избегать правового империализма, то есть оценки института одного государства в категориях права другого государства. Особенно важно, что и собственная правовая система в этом случае не выступает критерием, «нормой» для восприятия и оценки права иных стран; напротив, собственная правовая система может быть критически переосмыслена в свете тех же концептов.

Приведем в качестве примера такую, на первый взгляд, проблематичную для сравнения сферу, как сфера социальных выплат. Известно, что идея судебной защиты социальных прав в целом сталкивается с определенными трудностями и возражениями, связанными со спецификой этих прав, в том числе их «затратностью», реализацией на основе конкуренции между отдельными индивидами в условиях ограниченных экономических ресурсов государства⁴⁹³. Помимо всего прочего, это означает, что уровень социальных обязательств в большой степени привязан к условиям, актуальным для конкретного государства, и может показаться, что взгляд на «соседей» здесь ничего не даст. В действительности это не так. С одной стороны, никакое государство нельзя принудить к совершению действий, находящихся за рамками его экономических возможностей⁴⁹⁴. По этой причине выдвигание

⁴⁹² Идеальный тип М.Вебера как заведомое упрощение и идеализация сложности и многообразия общественных явлений не может быть найден в существующей реальности. Идеальный тип как методологическое средство не равен какому-либо из реально действующих институтов. См.: Швырев В.С. Идеальный тип // Новая философская энциклопедия. М., 2010. Статья доступна на сайте: <http://iphras.ru/elib/1177.html>

⁴⁹³ О проблеме и обзор отечественной и зарубежной литературы по ней см.: Должиков А. Конституционные социальные права и их юстициабельность // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 6. С. 16-17. Подходы к исследованию проблемы с учетом релевантного зарубежного опыта см.: Троицкая А.А. Конституционный принцип социального государства: перспективы реализации в Российской Федерации // Право и экономика. 2012. № 10.

⁴⁹⁴ Бланкенегель А. Конституционные суды, социальные права и социальное государство // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2003. №1. С.42.

тезисов о необходимости увеличения социальных расходов государства сомнительно, если данное государство не располагает ресурсами для этого. Но с другой стороны, признание конституционной значимости характеристики государства в качестве социального и принятые государством на себя обязательства по защите жизни и достоинства людей ставят для него задачи выработки таких правил распределения *имеющихся* ресурсов, которые позволяли бы обеспечить индивидам достойное существование, тем более что, как показывает практика, речь идет об уровне не роскоши, а прожиточного минимума. Поэтому даже в такой деликатной сфере, как сфера пределов защиты социальных прав, критическое сравнение с вовлечением «идеальных типов» имеет свою пользу.

Так, в одной из научных работ сравнительный анализ практики Федерального конституционного суда ФРГ и Конституционного Суда РФ в сфере обеспечения прожиточного минимума был проведен с позиций развития теории социального государства⁴⁹⁵. Социальное государство в данном случае выступило как «идеальный тип» государства, взявшего на себя обязательство помогать людям в сложных жизненных ситуациях, «возвращая человеку возможность существовать как полноценному, то есть равноправному члену общества»⁴⁹⁶. Заметим, что это не единственный способ понимания сути социального государства⁴⁹⁷. Вместе с тем, предложенная конструкция

⁴⁹⁵ См.: Сафоклов Ю. Гарантия обеспечения прожиточного минимума как следствие принципа социального государства // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 4. С. 102-117.

⁴⁹⁶ Там же. С. 103.

⁴⁹⁷ В своем развитии концепция социального государства прошла путь от минимальных стандартов помощи отдельным категориям населения до универсальной защиты, позволяющей каждому человеку участвовать в социальной и экономической жизни государства «на условиях, способствующих повышению благосостояния и индивидуальных возможностей». См.: Права человека и правовое социальное государство в России / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 2011. С. 8. Иными словами, стремясь к обеспечению определенного жизненного стандарта для каждого человека, социальное государство должно не только оказывать адресную поддержку отдельных категорий граждан, оказавшихся в сложном положении в силу возраста, болезни или какой-либо другой причине, но проводить политику, ориентированную на развитие потенциала каждого человека, что предполагает более внушительный объем задач для государства. См.: Танчев Е.

позволила автору статьи представить полноценный анализ решений⁴⁹⁸ двух органов конституционного контроля (а не рассматривать какое-то из них через призму другого) и сопоставить их, выделив сходства в части судебных подходов к толкованию сути и сферы конституционной защиты права на обеспечение прожиточного минимума, и критически оценив различия в решениях с позиции полноты их обоснования (подробность исследования истории законодательного регулирования системы социальной опеки, различных моделей вычисления размеров отдельно взятых выплат, пособий на особые нужды, пределов конституционно-судебного контроля в области социального права)⁴⁹⁹. Больше того, проведенное сравнение способствовало уточнению самой конструкции социального государства, его обязательств в связи с необходимостью обеспечить прожиточный минимум и его соотношения с правом личности на достоинство.

Сопоставляются конституционно-правовые институты разных государств через «идеальный тип», или непосредственно друг с другом, но основной целью при этом должно оставаться достижение понимания функционирования различных элементов правовых систем, в том числе своей собственной. Как писал еще А.В. Романович-Славатинский, «особенности многих отечественных государственных установлений успешнее могут выявиться при посредстве сравнительного метода, правильно примененного, - путем сопоставлений и противопоставлений»⁵⁰⁰. Идея здесь состоит в том, что любой объект может быть понят и адекватно оценен только в сравнении с другими – сопоставимыми

Социальное государство (всеобщего благосостояния) в современном конституционализме // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 4. С. 62.

⁴⁹⁸ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 9. Februar 2010. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09; Определение Конституционного Суда РФ от 15 февраля 2005 года № 17-О.

⁴⁹⁹ См.: Сафоклов Ю. Указ. соч. С. 112-113.

⁵⁰⁰ Романович-Славатинский А.В. Система русского государственного права в его историко-догматическом развитии, сравнительно с государственным правом Западной Европы: основные государственные законы. М., 2016. С. 8-9. О преодолении с помощью сравнительного метода ограниченности правового мышления национальными рамками и о возможностях обогащения национальной правовой системы см. также: Пилипенко Е.Н. Общетеоретические положения сравнительного правоведения // Компаративистика -2011 / Под ред. А.Ю. Саломатина. Пенза, 2012. С. 54, 62.

– объектами, и это, заметим попутно, еще один аргумент в пользу того, чтобы не пренебрегать при сравнении не только сходствами, но и различиями этих объектов, в противном случае никакого продвижения на пути понимания различных конституционных систем не произойдет.

Наиболее образно соответствующая идея была представлена в работе автора, уподобившего сравнительное право путешествию: «Путешествие обещает возможности для изучения как своей собственной страны и культуры, так и других стран и культур. Однако посещение различных мест и разглядывание странного мира не открывает автоматически новых горизонтов... Пока мы рассматриваем чужие края только как похожие или непохожие на родные, мы не можем начать по-настоящему ценить ни их, ни себя... Только пристальное внимание к деталям – разнообразию и гетерогенности – может препятствовать тому, чтобы мерить других картинами, взятыми из наших представлений о порядке нашего собственного мира»⁵⁰¹. Похожим образом работают и сравнительные правовые исследования, приглашая компаративиста изучить нормативные практики и идеи других народов и переосмыслить предвзятость (*biases*) своей собственной культуры, требуя для этого дистанцирования (как попытки порвать с прочными мнениями и устоявшимся знанием и противостоять силе предубеждений) и дифференцирования (которое означает не только придание смысла различиям и гетерогенности, но и осознание субъективности, предполагающее, что влияние личности исследователя, его намерений и опыта, будет тщательно им учитываться)⁵⁰².

Примечательно, что идея переосмысления как иностранных, так и собственных правовых институтов в процессе применения сравнительного метода была воспринята не только функционалистами, но и сторонниками культурологического подхода к сравнениям. Первые указывали на

⁵⁰¹ Frankenberg G. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law // Harvard International Law Journal. Vol. 26. 1985. No. 2. P.411-412.

⁵⁰² См.: Ibid. P. 412, 414.

специальную функцию компаративистики – «стимулирование посредством сравнительно-правовых исследований постоянной критики собственного правопорядка, что может внести большой вклад в развитие национального права, чем национально ограниченная “догматическая дискуссия”»⁵⁰³. По словам вторых, «[п]онимание иностранных правовых культур может обогатить нашу способность схватывать как значимость, так и обусловленность (*contingent nature*) нашей собственной правовой культуры»⁵⁰⁴. Это неочевидное замечание в свете того, что каждая культура рассматривается как наделенная уникальными «непереводимыми» чертами; его нужно воспринимать как имеющее эпистемологическое значение: умение погружаться в иностранную среду может быть с пользой перенесено в изучение собственной среды и давать более глубокое ее понимание, чем то, которое может получить исследователь, всегда имеющий дело только с собственной правовой культурой и полагающийся, что представляет ее в достаточной мере на чисто интуитивном уровне. Эта позиция перекликается с соображением о так называемой скрытой пользе использования сравнительного метода в конституционном праве: «юристам, работающим только с национальным правом, зачастую не хватает междисциплинарного подхода, свойственного компаративистам. Причина этого очень проста: юрист или правовед, работающий в сфере национального права, как правило, считает, что он знаком с социальной средой исследуемой правовой проблемы — он ведь сам живет в этом обществе. Это одновременно и правильно, и неправильно: среда ему очень хорошо знакома по повседневной жизни; однако насколько знания, почерпнутые из повседневной жизни, могут дать адекватное и целостное представление — это вопрос открытый, и утвердительный ответ на него во многих случаях более чем сомнителен.... Юрист, работающий в сфере отечественного права, благодаря сравнительному правоведению не только знакомится с многообразием возможностей

⁵⁰³ Цвайгенрт К., Кетц Х. Сравнительное частное право. В 2-х тт. М., 2010. С. 23.

⁵⁰⁴ Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. Vol. 46. 1998. No. 1. P. 46.

регулирования конкретной проблемы, но и обогащает свою методик, принимая междисциплинарный подход как нечто само собой разумеющееся и необходимое»⁵⁰⁵.

Более сложные эффекты связываются в науке с возможностями компаративистики, которые означают не просто совершенствование знаний о собственной конституционной системе исследователей, находящихся «внутри» нее, но принципиальное отличие взглядов на нее при изучении ее «снаружи». Так, по словам Н.Лумана, «для наблюдателя собственной системы (*self-observer*) вещи могут выглядеть как естественные и необходимые, в то время как наблюдаемые снаружи, они могут показаться искусственными и случайными. Наблюдаемый столь по-разному мир остается, тем не менее, тем же самым миром, и, следовательно, мы имеем дело с парадоксом»⁵⁰⁶. Восприятие конституционного права, тем не менее, заметно расширяется, когда в разных исследованиях оно выступает то в качестве собственного, то в качестве иностранного для исследователя права.

Как пример, можно сравнить не столько даже содержание, сколько самый стиль некоторых исследований, посвященных конституционной поправке, устраняющей из российской системы государственной власти Высший Арбитражный Суд. Если в исследовании даже критически настроенного российского автора была заявлена попытка «понять логику и мотивы» изменения судебной системы, достижимость заявленных поправкой к Конституции РФ целей, а также анализ институциональных и юридических факторов, способствовавших легкому принятию поправки⁵⁰⁷, то авторы из Германии в своей работе «приходят к выводу о бессмысленности реформы с

⁵⁰⁵ Бланкенагель А. О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 52.

⁵⁰⁶ Luhmann N. The Paradox of Observing Systems // Cultural Critique. 1995. No. 31. P. 37-38.

⁵⁰⁷ См.: Заикин С. Высший Арбитражный Суд: данные удалены // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3. С.54.

правовой точки зрения» и выражают «изумление (если не отвращение)» по поводу всего политического процесса слияния судов⁵⁰⁸.

В целом, начиная с первых систематических исследований, в цели сравнения включается критика права⁵⁰⁹. Однако для конституционного права, имеющего двусторонние и динамично развивающиеся связи с различными внеправовыми факторами, тут могут возникать вопросы относительно осмысленности такой критики (не с социально-философской, а с эпистемологической точки зрения).

В связи с этим в конституционно-правовой литературе можно проследить два подхода к этой идее с несколько различающимися «идеологическими» акцентами.

В рамках одного из них подчеркивается, что знакомство с конституционно-правовыми институтами, научными концепциями и практикой других стран позволяет отказаться от абсолютизации собственных правовых решений как единственно возможных при данных обстоятельствах и целеполагании⁵¹⁰. Существующие (особенно долгое время) институты отдельно взятого государства могут восприниматься как нечто само собой разумеющееся и неизбежное, в то время как в действительности они заслуживают более критического отношения.

В рамках другого подхода, однако, звучит достаточно осторожное мнение, в соответствии с которым эта идея, в свою очередь, тоже не должна быть абсолютизирована. «Многие из нас переживали этот замечательный момент, когда могли сказать: “Нечто, что я считал действительно необходимым для конституционной системы, на самом деле не является таковым. Посмотрите,

⁵⁰⁸ См.: Бланкенагель А., Левин И. Новый Верховный Суд Российской Федерации – решение мнимо существующих старых или создание новых проблем? // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3. С.72.

⁵⁰⁹ Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения. Екатеринбург, 2000. С. 23. Автор использует характерный образ для объяснения того, как это происходит: «Давайте поставим маленького ребенка в первый раз перед зеркалом: он начнет хвататься за мнимого другого ребенка; он впервые знакомится с самим собой».

⁵¹⁰ Tushnet M. Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law // The Migration of Constitutional Ideas / Ed. by S. Choudhry. Cambridge, Cambridge University Press, 2007. P. 81.

как хорошо функционирует государство X, имея совсем другие установки”. Это показывает, каким образом уходит представление о ложной необходимости. Однако затем выясняется, что определение того, что является истинной, а что ложной необходимостью, - это весьма амбициозная задача»⁵¹¹.

Из этого следует, что при восприятии иностранных конституционно-правовых институтов речь не идет о немедленном отказе от рассмотрения каких-либо элементов своей правовой системы в качестве единственно возможных или наиболее подходящих. Речь идет, скорее, о понимании логики и смыслов взаимосвязанных и контекстно обусловленных институтов; о преодолении национальной замкнутости или провинциализма⁵¹²; одновременно – о препятствиях на пути к тому, чтобы идеализировать какую-либо одну-единственную правовую систему. Связь конституционного права с вопросами национальной (государственной) идентичности особенно заметным образом актуализирует для исследователя задачу охвата зарубежной правовой материи с учетом пройденного иностранным государством исторического пути, особенностей социальной структуры, правовой культуры и политической практики, а также других факторов, влияющих на содержательное наполнение и динамику развития соответствующих норм и правоприменения⁵¹³; но эти же элементы и особенно – их значение для развития конституционного права должны быть четко поняты и для своей собственной системы.

Иными словами, здесь задействуется важный методологический посыл, направленный на более серьезное погружение в то, каким образом работает любая конституционная система, в том числе собственная. Как пишет Р. Сакко, «юрист, который имеет дело с единственной системой, всегда исходит из

⁵¹¹ Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // Penn State International Law Review. Vol. 28. 2010. P. 320.

⁵¹² См.: Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007 / Под ред. Д.В. Дождева. СПб., 2008. С.12.

⁵¹³ Похожим образом эта идея была суммирована применительно к политической науке: «1. Мы не можем понять свою страну без знания других стран; 2. Мы не можем понять другие страны без знания их истоков, институтов и истории; 3. Мы не можем прийти к надежным генерализациям о власти и политике без сравнительного метода». См.: Newton K., van Deth J.W. Foundation of Comparative Politics. New York, 2010. P. 1.

определенных ее черт, которые он считает “очевидными” и поэтому не различает их, не идентифицирует и не пишет о них. Эти черты остаются крипто типами [неосознаваемыми, но регулирующими поведение правилами⁵¹⁴] до тех пор, пока исследователь не будет сбит различиями в менталитете, которые он наблюдает в разных правовых средах. Когда он начинает работу, необходимую, чтобы описать эти различия, он описывает собственно системы»⁵¹⁵.

В действительности приведенные рассуждения имеют большой практический эффект для развития конституционализма в отдельно взятой стране. Прежде всего – достижение тех целей, о которых речь пойдет дальше, в том числе цели построения конституционно-правовых теорий и заимствования конституционно-правовых норм и практик, оказывается под вопросом без предварительного систематизирования полной информации о том, как на самом деле конституционное право функционирует в конкретном государстве, в том числе в том государстве, которое собирается стать «реципиентом» какой-либо идеи.

Так, в конституционном праве России со всей остротой поставлена проблема внесения органами государственной власти таких изменений в главы 3-8 Конституции, которые фактически видоизменяют или прямо нарушают положения, закрепленные в главах 1, 2 и 9 и требующие для изменения более сложной процедуры с участием учредительного органа⁵¹⁶. Известно, что

⁵¹⁴ Уточним, что в правовой науке этот термин заимствован из лингвистики. Крипто тип, или скрытая категория, означает признаки слов или словосочетаний, не имеющие явного морфологического выражения (к каковому относятся, например, окончания, суффиксы, артикли и т.д.), но существенные для построения и усваивания смысла высказывания. См.: Уорф Б.Л. Грамматические категории // Принципы типологического анализа языков различного строя / Под ред. Б.А. Успенского. М., 1972. С. 44-60; Коломейцев Е.А. К вопросу о крипто типе Сводеша // Филологические науки. 2017. № 3; Гордиевская М.Л. Скрытые категории русского языка и формирование синтаксического запрета: к постановке проблемы // Studia z Filologii Polskiej i Slowianskiej. Vol. 51. 2016. P. 120-139.

⁵¹⁵ Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (II) // The American Journal of Comparative Law. Vol.39. 1991. No. 2. P. 388.

⁵¹⁶ Проект Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации № 885214-7 «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации публичной власти» // <https://sozd.duma.gov.ru/bill/885214-7>.

некоторые зарубежные страны сталкивались с аналогичной проблемой и решали ее путем проверки адекватности процедуры⁵¹⁷. В частности, австрийская конституция не содержит «вечных» положений, но предусматривает две разные процедуры для внесения в нее поправок (решение парламента) и для полного ее пересмотра (проведение народного голосования). За Конституционным судом Австрии не закреплено никакого полномочия по содержательной проверке поправок, однако в одном из своих решений он указал, что он вправе определять, какая процедура должна быть использована, иными словами – о каком изменении конституции (частичном или полном) идет речь в каждом конкретном случае. В одном из своих решений Суд указал, что полное изменение конституции может иметь место не только в случае изменения всех ее статей⁵¹⁸; это может быть также изменение только одного из ее фундаментальных принципов (*leitender Grundsatz*), к числу которых Суд отнес принципы демократии, верховенства права и федерализма⁵¹⁹. Важно подчеркнуть, что соответствующие принципы не были названы в качестве фундаментальных самой Конституцией; их характеристика как таковых относится, скорее, к «самодеятельности» Суда. Похожая логика может быть использована в Российской Федерации, тем более, что, как прямо закрепляет статья 16 Конституции РФ, положения главы 1, составляющие основы конституционного строя, не могут быть изменены иначе как в порядке, установленном Конституцией и что никакие другие положения Конституции не могут противоречить основам конституционного строя.

Практический вопрос, однако, заключается в том, в каком порядке российский Конституционный Суд мог бы начать осуществлять рассматриваемое полномочие. В литературе высказана позиция, в соответствии

⁵¹⁷ См.: Троицкая А. А. Участие органов конституционного контроля в изменении конституции: сравнительный аспект // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 6. С. 1058–1064.

⁵¹⁸ VfGH, Dec. 12, 1952 No. 2455. Приводится по: Barak A. Unconstitutional Constitutional Amendments // Israel Law Review. Vol. 44. 2011. P. 327.

⁵¹⁹ Pfersmann O. La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale: théorie, pratique, limites // La revision de la constitution. Paris: Economina, 1993. P. 40.

с которой можно предусмотреть специальные процедуры (например, закрепить полномочие Конституционного Суда РФ по запросу Президента РФ в обязательном порядке осуществлять проверку закона о поправке на соответствие положениям глав 1, 2 и 9 до подписания данного закона Президентом, или предусмотреть, что закон о поправке вступает в силу по прошествии установленного срока, в течение которого заинтересованные уполномоченные субъекты могли бы обжаловать этот закон как по содержанию, так и по процедуре принятия)⁵²⁰. Собственно, и сам Конституционный Суд РФ указал, что сможет осуществлять проверку закона о поправке до его вступления в силу, если такое полномочие будет ему предоставлено⁵²¹. Тем не менее, долгое время Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», несмотря на неоднократно вносившиеся в него изменения, полномочия по проверке конституционных поправок Суду не предоставлял, что позволяло говорить о том, что в ситуации, когда политические ветви власти не демонстрируют готовности поставить свои инициативы, связанные с изменением текста основного закона, под контроль Конституционного Суда, вести речь о проверке поправок на рациональных началах и ожиданиях можно только в связке с тем, какие из уже существующих нормативных положений (например, части 2 и 4 статьи 125 Конституции) позволяют Суду признавать приемлемыми обращения о проверке конституционности конституционных поправок, и тем самым подводить российскую ситуацию проверки поправок к разновидности последующего контроля, а не предварительного. Соответственно, в настоящее время применительно к России требует дополнительного анализа поворот (и последствия такого поворота для российского конституционализма), произошедший в 2020 году: изменения в компетенции Конституционного Суда РФ, предложенные Законом Российской Федерации о поправке к Конституции

⁵²⁰ См.: Кряжков В.А. Поправки к Конституции Российской Федерации: правовые основы, пределы и их обеспечение // Государство и право. 2016. № 1. С. 10.

⁵²¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июля 2014 г. № 1567-О.

Российской Федерации, включение в процедуру принятия уже этого Закона стадии проверки конституционности и собственно решение Конституционного Суда РФ по этому делу⁵²², в котором он не реализовал, как представляется, ключевых смыслов контроля конституционности⁵²³.

По приведенной проблеме становится ясно, что уже на этом этапе, этапе достижения информационных или классификационных целей, перед исследователями возникают трудности, от успешного преодоления которых зависит эвристический потенциал дальнейших сравнений. Помимо обозначенного выхода на междисциплинарность и необходимость вникать в условия функционирования конституционных институтов, лежащие не на поверхности, но определяющие развитие этих институтов, следует указать также на проблемы лингвистического характера. Обращение к иностранным конституционно-правовым институтам в большинстве случаев подразумевает необходимость перевода, процесс которого может быть осложнен специфичностью смыслов юридической терминологии, развивавшейся в определенных условиях и используемой системно. Как отмечается в литературе, хотя законодатели при использовании термина часто ссылаются на значение слова в обычном языке, в некоторых случаях содержание юридического термина может не совпадать с тем, которое используется на разговорном уровне⁵²⁴. Например, в обычном понимании пересмотр (как изменение) конституции может быть полным или частичным⁵²⁵. Некоторые конституции следуют этому представлению⁵²⁶. Известны, однако, тексты конституций (и российская в их числе), в которых «пересмотр» приравнивается

⁵²² См.: Заключение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 марта 2020 года № 1-3.

⁵²³ См.: Khranova T., Troitskaya A. the Ashes of Constitutionalism: Failures of the Recent ad hoc Review of Russian Constitutional Amendments // <https://blog-iacl-aicd.org/2020-posts/2020/3/31/the-ashes-of-constitutionalism-failures-of-the-recent-ad-hoc-review-of-russian-constitutional-amendments/>

⁵²⁴ Де Гроот Г.-Р. Язык и право // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002 год. М., 2003. С. 35.

⁵²⁵ См.: Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть. М., 2006. С. 96.

⁵²⁶ См., напр. ст. 168 Конституции Испании. Выражение идеи учета различий применительно к конкретным процедурам см.: Троицкая А.А. Пределы пересмотра конституции: формальный и содержательный аспекты // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2010. № 1. С. 58–67.

к полной замене конституции, а применительно к частичному изменению используется термин «поправка». Различие в терминах существенно, поскольку за ним стоит различие в процедурах.

Затруднения могут быть связаны не только с несовпадением разговорного и юридического смыслов внутри одного языка, но и с разницей смысловых оттенков юридических языков разных государств (языка, с которого переводим, и языка, на который переводим). Уже упоминавшаяся идея В. Каррин о том, что всякая правовая культура должна быть понята в ее собственных (непереводимых) категориях⁵²⁷ полностью соответствует холистическому культурологическому направлению, но либо ставит исследователей (а равно, и их читателей) перед непростой задачей освоения большого количества иностранных языков, либо приведет к сужению «географии» исследований. По этим причинам в конституционно-правовых исследованиях с применением сравнительного метода все же следует обращать внимание на трудности, сопряженные с переводом.

Как пример приведем сложности, возникающие при переводе с английского такого выражения как «*rule of law*». Все те смыслы, которые вкладываются в эту категорию в англосаксонской правовой традиции, в континентальной передает, скорее, выражение «правовое государство» (*Rechtsstaat, État de droit*). Верховенство права в рамках британского понимания основано на праве, создаваемом судьями и сосредоточенном на законности, определенности и равноправии, при невозможности для судов оспаривать суверенитет парламента. Континентальный подход содержит конструкцию государства; принцип верховенства права – только часть этой конструкции, наряду с принципами народовластия, разделения властей, судебной защиты прав⁵²⁸. Различия в теоретических подходах тут внушительны; показательно,

⁵²⁷ См.: Curran V.G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. Vol. 46. 1998. No. 1. P. 55-59.

⁵²⁸ См.: Нуссбергер А. Независимость судебной власти и верховенство права в практике Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. См.

что они имеют и вполне прикладное значение. Так, проверяя правомерность изменения статьи Основного закона о свободе сообщений (предполагавшего замену судебного контроля за ограничением этой свободы административным контролем), Федеральный конституционный суд ФРГ должен был соотнести поправку с принципами, закрепленными в Германии в качестве неизменных. Поправка была признана не противоречащей конституции, с учетом того, что в числе неизменных принципов не содержится общего принципа правового государства как такового; указаны только отдельные его максимы (такие как разделение властей, подчинение законодателя конституционному порядку, связанность исполнительной и судебной власти законом и правом). Такая же максима правового государства как судебная защита прав регулируется другой статьей Основного закона, не отнесенной к числу «вечных». В сущности, различие в терминах решило исход дела: если бы «вечным положением» был принцип правового государства, он мог бы быть рассмотрен как уже включающий в себя судебную защиту, в то время как верховенство права было сочтено не охватывающим незыблемость судебной защиты; не исключено, что специалисту, привыкшему к британскому пониманию концепции верховенства права, было бы сложно проследить логику решения большинства германского Суда в данном деле⁵²⁹.

Таким образом, на практике изучение иностранного права требует внимания к вопросам об эквивалентности переводов, отражающих смысл правовых конструкций⁵³⁰. Адекватное представление об иностранных правовых системах, способное дать вклад в научное знание о праве, требует учета специфики становления и развития конституционно-правовых институтов, их

также: *Beaud O. Conceptions of the State // Comparative Constitutional Law / Ed. by M. Rosenfeld, A. Sajo. Oxford, 2012. P. 269–281.*

⁵²⁹ Справедливости ради отметим, что трое судей не были согласны с приведенным решением. В их особом мнении подчеркивалось, что принцип верховенства права гарантирует судебную защиту индивидам. См.: 30 BverfGE 1 (1970) // <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030001.html>. Выдержки из решения на русском языке доступны в книге: Кененова И.П., Троицкая А.А., Шустров Д.Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М., 2015. С. 85-88.

⁵³⁰ См. впечатляющий обзор практических решений при переводе: Šarčević S. The Challenge of Legal Lexicography: Implications for Bilingual and Multilingual Dictionaries // <http://www.euralex.org>

связи с историческим, социальным, политическим контекстом, проявляющейся в том числе на лингвистическом уровне. По всем изложенным причинам развитие инструментария перевода может рассматриваться как еще одна цель применения сравнительного метода⁵³¹, естественным образом дополняющая информационные цели.

Многие исследователи выделяют информационные цели применения сравнительного метода как самостоятельные⁵³². Вместе с тем, они могут быть и промежуточными: на основе полученной информации о различных системах могут быть поставлены и достигнуты иные, в определенном смысле – более сложные цели, о которых речь пойдет далее.

§ 2. Построение теоретических конституционно-правовых моделей

Обращение к сопоставимым институтам двух и более государств позволяет проводить исследования с целью выявления общего и особенного в конституционном праве различных стран и построения общей теории конституционного права, охватывающей различные модели регулирования важнейших общественных отношений в современных государствах. Разнообразие исследуемых моделей позволяет лучше понять суть тех или иных общественных отношений и соответствующих конституционно-правовых явлений.

В науке можно часто встретить тезис о том, что целью сравнения в праве является знание о различиях, существующих между правовыми моделями, и

⁵³¹ См.: *Pieters D. Functions of Comparative Law and Practical Methodology of Comparing*. P. 5.

⁵³² См.: Glenn H.P. *Aims of Comparative Law* // *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* / Ed. by J.M. Smits. Cheltenham, 2006. P. 58-58. Впрочем, данный автор уточняет, что задача «открывания дверей» (обеспечения информации о праве, существующем в мире) сама по себе имеет теперь меньшее значение, поскольку информационные двери больше не закрыты, в том числе и благодаря усилиям самих компаративистов. Думается, для такой осторожности в отношении наименее амбициозной задачи применения сравнительного метода в праве нет причин. Правовые системы не являются чем-то застывшим и раз и навсегда изученным. В конституционном праве различных стран каждый день происходят изменения, смыслы которых не всегда очевидны для исследователей. Это является достаточным основанием для сохранения значения сравнительных исследований с указанной целью.

приращение знания об этих моделях⁵³³. Под моделью при этом понимается абстрактная схема реальности, воспроизводящая отдельные ее черты, позволяющая установить посредством логики систему связей между отдельными ее элементами с тем, чтобы получить новое знание о них и в итоге распространить полученное знание на существующие в действительности элементы реальности.

С точки зрения правоведения модель – это мысленная схема. Вместе с тем, поскольку она отражает черты объектов, явлений, процессов, она все же связана с действительностью, то есть не является чем-то полностью воображаемым⁵³⁴. Для исследователя вопрос заключается в том, какие характеристики объекта он включает в нее. С одной стороны, вся суть и весь смысл построения моделей – это уменьшение сложности окружающей действительности для целей исследования; модель, полностью отражающая действительность, - неосуществима, да и была бы бесполезна с точки зрения познания⁵³⁵. С другой стороны, какая-то часть реальности должна быть отражена в модели, причем достаточно точно, с тем чтобы могла быть построена осмысленная теоретическая конструкция, проверена научная гипотеза, представлены направления для дальнейшего развития. Охват фактов, положенных в основу модели, непосредственно влияет на выводы, которые могут быть сделаны на основе работы с ней. Например, рассматривая различные модели защиты конституционного порядка от разрушения, которое могло бы быть произведено путем реформирования конституции, некоторые авторы достаточно скептически оценивают модель, предполагающую лишь отнесение нескольких наиболее ключевых конституционных принципов к

⁵³³ Sacco R. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris, 1991. P. 8. Автор работы стремится подчеркнуть, что данная цель науки первична, является основной и не зависит от того, какие практические результаты последуют (и последуют ли вообще) из теоретического знания, что в принципе встречает определенную поддержку среди иных авторов. См.: Legrand P. *À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique // Revue Internationale du droit comparé*. 1993. Vol. 45. No. 4. P. 879.

⁵³⁴ Samuel J. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford, Portland, 2014. P. 45-46.

⁵³⁵ Faust F. *Comparative Law and Economic Analysis of Law // The Oxford Handbook of Comparative Law*. P. 849.

числу неизменных. Отмечается, что лица, настроенные антиконституционно, могут сравнительно легко обойти эту систему защиты, поскольку «в состоянии предпринять комплекс мер, бьющих в одну точку, или меры, которые дадут эффект злоупотребления только в результате интерференции с иными, параллельно проводимыми изменениями правовой системы»⁵³⁶. Этот пример подчеркивает, что изучение одних лишь норм, запрещающих антидемократические изменения конституции, или отдельных поправок, каждая из которых, взятая изолированно, не могла бы быть рассмотрена как разрушающая конституцию⁵³⁷, недостаточно для описания, объяснения и оценки моделей защиты конституции, в то время как учет взаимодополняющих антиконституционных мер и «эффектов сложения» от их принятия позволяет составить представление о подлинных угрозах конституционному порядку и способности различных институтов отреагировать на них, и на этой основе формировать защитные механизмы (например, делая выбор в пользу более широкой модели, позволяющей учитывать предполагаемое воздействие поправок на конституционный строй в целом). Только внимательное отношение к тому, какие именно элементы должны быть вовлечены в процесс моделирования (не только различные варианты процессуальных «ужесточений» для поправок, не только защита узкого круга статей или принципов конституции, но и практика изменения конституции при определенных политических условиях и реакция на них со стороны системы защиты) позволит увидеть действие правовых норм по урегулированию общественных отношений.

⁵³⁶ Диксон Р., Ландау Д. Транснациональный конституционализм и ограниченная доктрина неконституционного изменения конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. С. 49.

⁵³⁷ Авторы приводят в пример изменения, произошедшие в Венгрии в рамках реформы конституции. Численность конституционных судей, их назначение, срок их полномочий, ограничение юрисдикции Суда по ряду вопросов, изменение порядка формирования некоторых других органов, участвующих в системе сдержек и противовесов, - все это по отдельности не вызывало бы вопросов, но рассматриваемое в совокупности, позволяет говорить о «государстве-монстре» (*Frankenstate*). См.: Ibid. P. 49-50; *Scheppele K. L. The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists do not Work // Governance. Vol. 26. 2013. No. 4. P. 559-562.*

Вместе с тем, нужно учитывать, что ход и результаты работы определяются ее более конкретными целями, а, как подчеркивается в литературе, вполне оправданно различать работы, нацеленные на описание сходств и различий между конституционно-правовыми институтами разных стран (дескриптивный подход), их объяснение (каузальный подход), и/или оценку предпочтительности разных вариантов в различных условиях (нормативный подход)⁵³⁸. Исследования в рамках второго и третьего подходов обычно рассматриваются как более осмысленные, хотя нужно заметить, что описание в любом случае должно быть их составной частью. Но укажем, что все три подхода ставят определенные вопросы.

Как уже отмечалось, даже в связи с простым описанием в доктрине возникли расхождения по вопросу о том, должен ли быть выявлены сходства или различия между институтами. И хотя в обсуждении по этому вопросу обнаруживает себя некоторая предзаданность результатов (и подстраивание под них всего процесса применения сравнительного метода), стороны дискуссии приводят и некоторые аргументы, позволяющие говорить о том, что исследователи по-прежнему могут выбирать для себя акцент на сходствах, или различиях, либо пытаться подходить к объектам исследования максимально непредвзято, усматривая как общие черты институтов, так и черты гетерогенности.

Последний вариант представляется особенно важным в свете обозначенной в науке конституционного права задачи перехода от описания и классифицирования правовых институтов и к объяснению причин, по которым они функционируют в том или ином виде⁵³⁹. Установление причинных связей объективно требует внимания как к сходствам, так и к различиям объектов и контекста их существования (см. об этом главу четвертую).

⁵³⁸ Gardbaum S. How Do and Should We Compare Constitutional Law // Comparing Comparative Law / Ed. by S. Besson, L. Heckendorn, S. Jube. Zurich, 2017.

⁵³⁹ См.: Hirschl R. Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford, 2015. P. 195.

Выявление причинно-следственных связей направлено на более глубокое понимание сути правовых явлений и особенностей их функционирования. Если мы видим некоторые точки (события) на графике (см. Рис. 1), с некоторой степенью надежности мы можем предполагать только, как расположатся точки событий между уже имеющимися (метод интерполяции). Для того чтобы перейти к экстраполяции, то есть пониманию, что будет происходить вне заданного интервала, нужна определенная внешняя по отношению к наблюдаемым точкам теория, или модель. Построение таких моделей, в свою очередь, требует включения в исследование дополнительных сущностей, имеющих потенциал объяснения того, что будет происходить на других

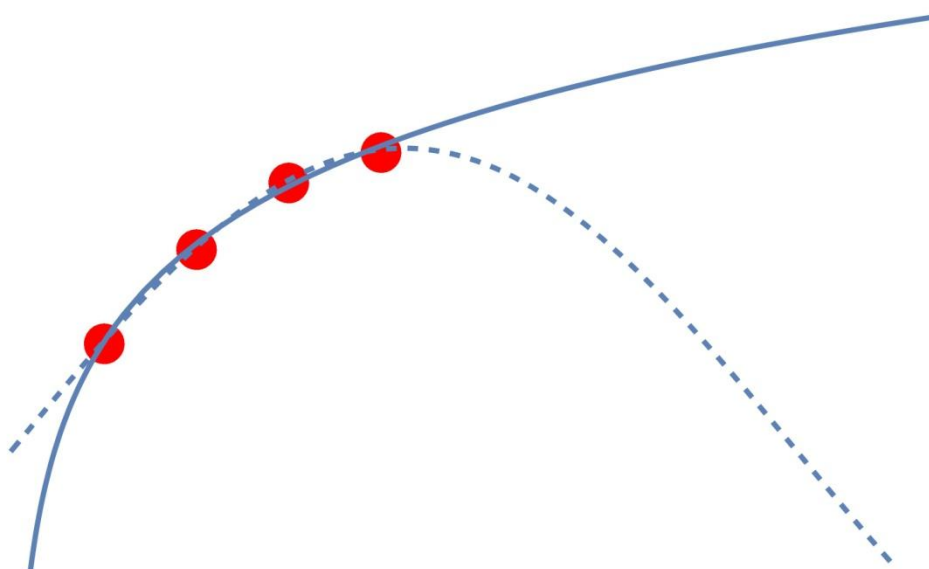


Рис. 1. Интерполяция и экстраполяция.

интервалах. Для нас важно, что сравнительный метод как раз и способствуют построению таких моделей в науке конституционного права.

Для пояснения схемы приведем пример, связанный с конституционным правосудием. Если мы смотрим только на нормы конкретной конституции, определяющие виды обращений в орган конституционного контроля, то мы можем предполагать, из каких категорий дел будет складываться практика этого органа. Это не будет совершенно точное предположение – например, может оказаться, что определенные виды конфликтов будут разрешаться не в

процедуре, предусмотренной для них, а в иных процедурах⁵⁴⁰. Однако в случае с установленными явно полномочиями по крайней мере не будет возникать вопроса относительно приемлемости жалобы, соответствующей предусмотренным критериям. Представим теперь, что орган конституционного правосудия сталкивается с обращением, ответ на вопрос о приемлемости которого не очевиден; например, с запросом о проверке конституционности изменений конституции, в ситуации, когда процедура пересмотра конституции не включает эксплицитно стадию содержательной проверки вносимых изменений. Включит ли «кривая», показывающая возможность рассмотрения дел органом конституционного правосудия, также и такую категорию конституционно-правового конфликта? Ответ на этот вопрос предполагает построение некоторой модели. Если это будет прямолинейная модель, основанная на «буквальном» прочтении полномочий органа конституционного контроля, события проверки конституционности конституционных поправок не может произойти. То же самое относится к модели, основанной на преимущественном положении учредительной власти и идейно близкой тому, чтобы понимать как можно уже возможности органа конституционного контроля по противодействию решениям, принятым народом или его представителями. Но если это будет модель, основанная, например, на идее защиты верховенства и высшей юридической силы конституции от посягательств со стороны не только законодательной, но также вторичной учредительной власти, которая инициирует изменение основного закона, принятого первичной учредительной властью, и роли органа конституционного

⁵⁴⁰ Например, Конституционный Суд России в соответствии с частью 3 статьи 125 Конституции вправе разрешать споры о компетенции между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов. На практике рассмотрение споров такого рода происходило в рамках частей 2 и 4 статьи 125 – по запросам уполномоченных органов (или по жалобам граждан) на предмет соответствия нормативных актов того или иного уровня власти конституционным положениям о разграничении компетенции. См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 4 марта 1997 года № 4-П; от 30 января 2001 года № 2-П; 3 февраля 2005 года № 2-П; 15 декабря 2006 года № 10-П.

контроля в этом процессе защиты, то точка возможности содержательной проверки судом конституционных поправок появляется.

Для наших целей ключевой момент состоит в том, что соответствующие модели (буквального прочтения полномочий органа конституционного контроля, или расширительной их интерпретации, или любые другие) могут быть не просто сконструированы умозрительно, но обнаружены и протестированы на сравнительном материале. В данном конкретном примере мы можем сказать, что есть органы конституционного контроля, отказавшиеся от содержательной проверки поправок (и даже при наличии так называемых вечных положений конституции, то есть положений, которые не могут быть затронуты в процессе ее изменения; достаточным для принятия решения было отсутствие формального полномочия), и есть органы конституционного контроля, которые взяли на себя соответствующую функцию (причем некоторые из них действовали таким образом в отсутствие формальных полномочий, но хотя бы при наличии вечных положений, а некоторые - даже и в отсутствие вечных положений). Здесь важно, что для решения конкретной задачи имеет значение не просто опыт конкретной зарубежной страны, а построение модели, которая учитывает причинно-следственные связи между рядом обстоятельств (лежащих как в правовой, так и в политической плоскостях) и принимаемыми судами решениями о том, будут ли они рассматривать такие обращения как приемлемые.

Приведенные соображения призваны дополнить уже сформулированные в доктрине аргументы в пользу необходимости построения в науке каузальных теорий. Тем не менее, эти соображения не снимают всех вопросов, касающихся таких теорий в конституционном праве.

Основной вопрос заключается, собственно, в самой возможности выявления закономерностей функционирования социальных институтов в категориях причинно-следственных связей. Со времен становления неклассической парадигмы знания одна из ключевых проблем, определяемая

для социальных наук (и относящаяся также и к правовым наукам) – это формирование ими знания (включающего описание, объяснение явлений, на этой основе – моделирование будущих ситуаций), а не просто суммы мнений⁵⁴¹. Известны различные способы обойти эту проблему, включая попытки уподобить социальные объекты природным, или ограничиться объяснением социальных явлений каким-нибудь одним определяющим фактором, или рассматривать социальные явления с позиций мистических либо сугубо прагматичных и т.д. И в настоящее время можно встретить представления о том, что объяснение правовых явлений в категориях причинно-следственных связей – это слишком сложная задача⁵⁴², а вместо причинности уместнее говорить о взаимосвязях политики, экономики, права, религии, искусства, идеологии, культуры, национальных отношений – без расчленения их на «причины» и «следствия»⁵⁴³.

Представляется, однако, что подобное «отступление» неоправданно. Категория «взаимосвязей» не элиминирует вопроса о причинах и следствиях; этот последний, в свою очередь, не исключает того, чтобы исследовать как влияние различных социальных феноменов на право, так и влияние права на иные социальные феномены.

По этой причине более продуктивными представляется использование в конституционном праве позиции авторов, выступавших в пользу разработки методологии социальных исследований столь же строгой, что разработана для естественных наук, но при этом учитывающей специфику социальных явлений.

⁵⁴¹ О взаимосвязи некумулятивности социального знания и проблемы критериев оценки этого знания см.: Дудина В.И. Сравнительная эпистемология социального знания // Компаративистика. Альманах сравнительных социо-гуманитарных исследований / Под ред. Л.А. Вербицкой, В.В. Васильковой, В.В. Козловского, Н.Г. Скворцова. СПб., 2001. С. 12.

⁵⁴² См.: Dannemann G. Comparative Law: Study of Similarities or Differences // The Oxford Handbook of Comparative Law. P. 398.

⁵⁴³ См.: Матузов Н.И. О методологической ситуации в российском правоведении // Современные методы исследования в правоведении / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов, 2007. С. 19. Указанная позиция приводится со ссылкой на работу: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 511. Впрочем, Г. Берман выступает против узких интерпретаций причинности в рамках марксистских теорий и не видит причин «отступать с позиций детерминизма на позиции релятивизма».

В частности, Б.Кистяковский предлагал следующий переход от изучения социальных явлений как единичных и неповторимых к поиску закономерностей: 1. выделение в отдельных событиях не индивидуальных черт, а общих, группировка явлений по их сходству и формирование на этой основе общих понятий; 2. выделение в причинных соотношениях необходимого, то есть происходящего всегда и везде; 3. определение того, что в социальном процессе происходит по необходимости под воздействием определенных факторов, а в чем усматривается роль людей, их регулирующего воздействия на социальный процесс⁵⁴⁴.

Если приложить приведенную схему к правовым явлениям, то можно заметить, что в ней были озвучены оба соображения, которые обычно по отдельности поднимаются на щит функционалистами (объяснение существования правовых явлений исключительно через выполняемую ими функцию, создание их в определенном виде для воздействия на социальный процесс) и сторонниками культурологического подхода (объяснение правовых явлений различными воздействующими *на них* факторами), что лишний раз подчеркивает необходимость учета разнонаправленных сложных линий взаимодействия правовых и внеправовых явлений.

К порядку использования сравнительного метода в конституционном праве эта дискуссия вполне применима. Конституционное право складывается под воздействием ряда факторов, характеризующих особенности данного общества, в том числе его исторического пути, распределения политических сил, экономических благ, специфики социальной структуры и т.д. (о чем уже говорилось выше), но одновременно начиная с эпохи Просвещения развивалась идея о том, что с помощью рационально составленных конституций можно пытаться выстроить взаимоотношения между личностью, обществом и государством на определенных началах, предполагая, что конституционные положения могут способствовать (или препятствовать) социальным или

⁵⁴⁴ См.: Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. М., 1916. С. 26-28.

политическим изменениям определенного рода⁵⁴⁵. Иными словами, соотношение «развитие общества – конституция» может быть представлено как дорога с двусторонним движением.

С одной стороны, такое понимание позволяет уйти от жесткой детерминированности конституционно-правового развития и, что особенно важно, ставить при обсуждении различных проблем конституционного права границы концепции «зависимости от предыдущего развития» (*path dependence*)⁵⁴⁶, с другой стороны соединение понимания конституции (и шире – конституционного права) как выражения национальной идентичности и одновременно – инструмента воздействия на нее же, конечно, усложняет задачи поиска закономерностей в развитии конституционно-правовых институтов. Проблема здесь даже не в большом количестве переменных, которые необходимо принять во внимание (хотя и это может стать серьезным вызовом); а в том, что трудно обеспечить изолированное рассмотрение этих переменных⁵⁴⁷, и еще – дать убедительное обоснование того, что считать независимой, а что – зависимой переменной⁵⁴⁸. Подчеркнем, что дело тут не только и не столько в субъективности подходов каждого отдельного исследователя, сколько в специфике самого конституционного права.

⁵⁴⁵ О несовпадении идеалистических взглядов на конституцию как органически развивающееся явление, отражающее устойчивые ценности политического сообщества, и прагматических позиций конституционного дизайна как ответа на конкретные проблемы или вызовы см.: Hirschl R. *Comparative Matters*. P. 158.

⁵⁴⁶ Образец взвешенного рассуждения см.: Краснов М.А. Некоторые гипотезы о причинах возвращения России к потестарному типу государства // *Право: история и современность*. 2017. № 1. С. 10.

⁵⁴⁷ Как отмечал Б.А. Кистяковский, в конце концов на природные объекты тоже действуют различные силы одновременно (сила тяжести, законы химии, климатические условия), и все же естественные науки справляются со своими задачами выявления законов на основе необходимого. См.: Там же. С.123. Тем не менее, применительно к социальным процессам неочевидна возможность изолирования действия различных факторов в степени, позволяющей говорить о необходимости следствий.

⁵⁴⁸ Например, известны исследования, в рамках которых право относится к «настройке» над экономическим «базисом», и исследования, ставящие экономическое развитие в зависимость от развития правовых институтов. См.: Husa J. *Interdisciplinary Comparative Law – Between Scilla and Charybdis?* // *Journal of Comparative Law*. 2014. Vol.9. No.2. P.41-42.

Тем не менее представленные соображения не должны стать поводом для пессимизма. Именно сравнительные исследования в науке конституционного права могут расширять существующие представления о взаимосвязях между различным явлениями общественной жизни, поскольку они предполагают не просто формирование гипотезы о такой взаимосвязи, но и ее проверку на различных правовых системах. Здесь не приходится говорить о таком же незыблемом действии установленных для определенных систем законов, как это имеет место в естественных науках. Все же, даже отдельные выявленные закономерности могут и должны быть приняты во внимание в рамках теоретических и тем более практических построений.

Так, возвращаясь к примеру о том, берутся ли органы конституционного контроля осуществлять содержательную проверку поправок к конституции, значение, как показывают наблюдения, имеет не только и не столько наличие нормы, которая позволяла бы это делать, сколько суммарные обстоятельства принятия и действия конституции – пережитый опыт злоупотребления демократическими процедурами изменения конституционного текста (использование их в антидемократических целях), имеющаяся угроза концентрации власти в одних руках, суженное поле политической конкуренции, проявления хрупкости основ, рассматриваемых в качестве принципиальных для данного конституционного порядка (либо противоположные факторы). Напротив, соображения экономических последствий от принятия или непринятия решения о проверке поправок не вовлекаются в принятие решения. На установление общих законов здесь крайне сложно претендовать, хотя бы потому что конституционные судьи – это конкретные люди, расположенные к тому или иному пониманию соотношения конституционализма и демократии; в разной степени готовые к конфликту с политическими ветвями власти; настаивающие на определенной строгости прочтения конституционных норм; и т.д. Но даже некоторые выявленные тенденции позволяют говорить о разных моделях участия органов

конституционного контроля в изменении конституции и вносить предложения по корректировке этих моделей на основе сравнения практики их функционирования.

Отметим, как уже здесь проявляет себя переход от дескриптивных и каузальных задач к нормативным. Нормативное, или прескриптивное направление исследования означает, что исследователь не ограничивается категориями сущего, а переключает внимание на вопросы о должном. Здесь следует подчеркнуть три момента.

Во-первых, вопрос заключается в том, насколько стадия оценки вообще является частью научной деятельности (а не просто формирования мнения). Как представляется, стадия оценки может быть упущена в исследовании, ограниченном описательными сюжетами и/или попытками объяснения обнаруженных явлений, однако это не значит, что ей вообще не место в правовом исследовании, как нет ей места в естественнонаучных дисциплинах. «Мы постоянно судим о справедливости в социальных явлениях, т.е. ... постоянно решаем вопрос, что должно быть и чего не должно быть в социальном мире... Категория справедливости... неприменима к естественным явлениям... Совсем в другом отношении стоит идея справедливости к социальному миру»⁵⁴⁹. В рамках постнеклассической научной картины познающий субъект и ценностно-целевые структуры включаются в изучаемую систему (объект), влияя на её развитие в определённом направлении. Соответствующие соображения особенно значимы для социальных наук, чувствительных к вопросам долженствования. Взаимодействие эпистемологических и ценностных аспектов познания способствует отходу от строго описательных конструкций в науке и переносу центра тяжести на теории, включающие оценку объектов и обоснование необходимости их развития в заданном русле при данном целеполагании. Как было показано, знания об объектах, обычно находящихся в поле зрения неюридических наук,

⁵⁴⁹ Кистяковский Б.А. Указ. соч. с. 174.

имеют существенный потенциал не только объяснения, но и оценки конституционно-правовых явлений; кроме того, эти науки, по крайней мере в ряде случаев, делают акценты на определённым образом понятых социальных идеалах, способных сделать вклад в постижение сложной картины конституционного права в рамках постмодернистских конструкций.

Конституционное право крайне сложно отделить от ценностных ориентиров. Рассматриваем мы его как результат общественного развития, или как инструмент, программирующий такое развитие, - в обоих случаях можно заметить идеологическую составляющую конституционно-правовых институтов. С логической точки зрения можно представить себе, что сами понятия конституционного права формулируются нейтрально, через выделение признаков соответствующих явлений, но суждения и умозаключения о конституционно-правовых институтах с необходимостью оказываются ценностно нагружены. Так, можно сказать, что референдум – это голосование избирателей по вопросу государственной или общественной жизни; но вопрос о включении института референдума в правовую систему – это вопрос отношения к данному институту (хотя в свою очередь, это отношение складывается под воздействием ряда факторов и может быть неодинаковым для разных государств, например, Франции или Германии). Вопрос о том, может ли быть решение, принятое гражданами на референдуме непосредственно (или представительным органом, реализующим учредительную власть) быть преодолено органом конституционного контроля – также вопрос оценки соотношения различных ценностей демократии и конституционализма.

Во-вторых, оценка конституционно-правовых моделей появляется не только в связи с решением практических задач, хотя и ассоциируется в первую очередь с ними. Теоретические конструкции представляют собой определенные системы, и вопрос о необходимости включения в данную систему того или иного элемента в том или ином его виде также требует оценки. Но и для теоретических, и для практических целей исследователь должен представлять

себе «границы» оценки как установления ценности какой-либо модели (из рассматриваемых реально существующих или идеальной). В литературе по компаративистике часто подчеркнута скептически рассматривается возможность нахождения абстрактно «лучших» решений. В самом оптимистичном варианте речь идет о решении наилучшем для данного времени и места.

В-третьих, и это соображение связано с предыдущим, задача построения прескриптивных теорий, особенно ориентированных на то, что на их основе должны предприниматься практические меры по совершенствованию конституционного порядка или сближению различных порядков с помощью международно-правовых инструментов, имеет выход на прогностический аспект соответствующего целеполагания. Речь идет об оценках востребованности конституционно-правовых институтов, необходимости их действия в определенной конфигурации в контексте ожидаемых будущих условий жизни или представлений об их изменении, причем эти условия не сводятся к одной только политической области.

В то же время подчеркнем важность для компаративистов, занимающихся конституционно-правовыми исследованиями, удерживать четкое понимание границы между дескриптивными и прескриптивными соображениями, особенно когда речь идет об этически чувствительных вопросах, «приглашающих» к формированию оценок.

Так, в одном из дел, рассмотренным Европейским Судом по правам человека, был поставлен вопрос о допустимости применения пыток к преступнику, от которого необходимо было получить сведения о местонахождении похищенного *им* предположительно еще живого, но находящегося под угрозой гибели ребенка. По заявлению офицера полиции, отдавшего распоряжение применить угрозу физического воздействия (а при недостаточности угрозы - и само физическое воздействие), целью этого решения было спасение ребенка, а не просто продвижение расследования

уголовного дела. Тем не менее, Европейский Суд указал, что статья 3 Конвенции, которая, по мнению заявителя (самого похитителя), была нарушена, имеет целью запрет ненадлежащего обращения (пыткам, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения) безотносительно поведения жертвы или мотивов властей. Такие виды обращения не могут быть задействованы, даже если чья-то жизнь поставлена под угрозу. Отступление недопустимо, даже если под угрозой находится существование нации. Право каждого человеческого существа не подвергаться пыткам, бесчеловечному или унижающему обращению является *абсолютным*, неотчуждаемым правом. «Философская основа, подкрепляющая абсолютный характер права, закрепленного в статье 3, не допускает никаких исключений, или оправдывающих факторов, или взвешивания интересов, независимо от поведения затронутого лица и природы правонарушения в деле» (§ 107). Признав, что угроза применить пытки в данном случае представляла собой бесчеловечное обращение с заявителем, Суд пришел к выводу о нарушении обязательств государства по статье 3 Конвенции⁵⁵⁰.

Это исключительно важное решение было неоднократно проанализировано в исследованиях сравнительной направленности, ориентированных на построение теории, описывающей суть пределов защиты прав, а также значение абсолютности основных прав человека. Как видно из этого решения, запрету пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения был придан абсолютный характер. Ограничение права не подвергаться ненадлежащему обращению (*ill-treatment*) было признано недопустимым с учетом предназначения и философской основы этого права безотносительно конкурирующих ценностей; при этом в решении явным образом не обсуждалось, что на другой чаше весов могло бы быть не только право на жизнь похищенного ребенка, но также и его право не подвергаться

⁵⁵⁰ Gäfgen v. Germany. Judgment of 1 June 2010. App. no. 22978/05.

ненадлежащему обращению⁵⁵¹. Неудивительно поэтому, что указанное решение столкнулось с критикой. По мнению одного из авторов, использование пыток в ситуации получения сведений от похитителя ребенка, хотя и нарушает установленный законом и хорошо обоснованный запрет, не нарушает никакого морального права лица, ответственного за создание угрозы для другого человека и отказывающегося добровольно снять эту угрозу. Как подчеркивает автор, обращение к пыткам как к последнему средству воздействия на лицо, которое занималось похищением и оставило ребенка в ненадлежащем положении, оправдано, поскольку отказ сотрудничать с органами власти в такой ситуации, по сути, представляет собой длящееся нападение на ребенка – а ведь в случае прямого нападения для его прекращения самое разное обращение, в том числе жестокое, с преступником было бы оправдано⁵⁵². Таким образом, в рамках предложенной схемы в качестве абсолютного мог бы быть сформулирован запрет пыток лица, не виновного в совершении преступления, ставящего под угрозу жизнь и достоинство других людей.

В этом подходе можно проследить логику, однако он не отменяет того, что правовые идеи, стоящие за решением Европейского Суда по правам человека – защита достоинства личности и запрет пыток, – сохраняют принципиальное значение для современного общества. Критическая оценка в данном случае переводит дискуссию в область моральных прав, однако какое значение это должно иметь для решения юридического конфликта на основании правовых норм? В действительности существуют серьезные причины, по которым релевантные нормативные установления были приняты и реализованы именно в том виде, в каком это было сделано. Текущая позиция наднациональных судебных органов, заключающаяся в том, чтобы

⁵⁵¹ Позитивная обязанность по защите этого права от посягательств со стороны третьих лиц в определенной мере возлагается на государство в рамках статьи 3 Конвенции. См., напр.: *A. v. the United Kingdom*. Judgment of 23 September 1998. App. no. 100/1997/884/1096.

⁵⁵² См.: Kumm M. What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement // *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 46 (2006). P. 37.

рассматривать право не подвергаться пыткам, жестокому или унижающему обращению как право, не знающее исключений, а соответствующий запрет – как норму *jus cogens*⁵⁵³, не случайна. Существуют исключительно веские аргументы в пользу того, что хотя применение государством сурового обращения, например, к допрашиваемому лицу с целью предотвращения непосредственной и серьезной угрозы жизни и достоинству третьих лиц, к посягательству на которые допрашиваемый причастен, может быть морально оправданно, тем не менее, с правовой точки зрения должен сохраняться абсолютный запрет на подобные действия⁵⁵⁴. Соответственно, если в рамках обсуждения конкретной юридической конструкции (в данном случае – абсолютных прав в контексте защиты достоинства личности и запрета ненадлежащего обращения⁵⁵⁵) в ход идут сравнительные аргументы, они должны учитываться в полном объеме своего содержания, без «потерь», происходящих в том числе из-за вовлечения мировоззренческой позиции исследователя.

Суммируя соображения о теоретических результатах сравнительного исследования, следует подчеркнуть их самодостаточность. В работах некоторых авторов можно заметить весьма критический настрой по отношению к тем, кто связывает смыслы применения сравнительного метода только с

⁵⁵³ См., напр.: *Belgium v. Senegal*, Judgment of 20 July 2012, I.C.J. Reports 2012 P. 422; *Al-Adsani v. The United Kingdom*. Judgment of 21 November 2001. App. no. 35763/97 (одно из решений Европейского Суда по правам человека, в котором он подтвердил императивный характер нормы, запрещающей пытки. По этому делу примечательно особое мнение шести судей, акцентировавших необходимость признания приоритета нормы *jus cogens*, каковой был признан запрет пыток, над положениями, не имеющими такой силы).

⁵⁵⁴ См.: Twiss S.B. *Torture, Justification, and Human Rights: Toward an Absolute Proscription* // *Human Rights Quarterly*. Vol. 29.2007. No. 2. P. 346-367; о различии последствий морального и правового разрешения сурового обращения см.: Gur-Arie M. *Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations* // *Torture: A Collection* / Ed. by S. Levinson. Oxford University press, 2004. О возможностях построения на основе сравнения модели прав, включающей «абсолютные» аспекты содержания см.: Троицкая А. *Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ* // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2015. № 2.

⁵⁵⁵ Тот факт, что указанная проблема возникает на концептуальном уровне, подтверждают и некоторые решения национальных органов конституционного контроля. См., напр., решение Верховного суда Израиля: *Public Committee Against Torture v. State of Israel*, Case No HCJ 5100/94, 6th September 1999.

перспективами совершенствования отечественной правовой системы или роста взаимопонимания между народами⁵⁵⁶. С этой критикой следует согласиться. Ценность конституционно-правового знания не определяется тем, произошли ли на его основе заимствования правовых институтов. Анализ становления и функционирования институтов, теоретические выводы относительно их причинной обусловленности и перспектив развития сами по себе представляют собой значимый результат использования сравнительного метода.

Вместе с тем было бы столь же неверно связывать научный характер сравнительных исследований только с теоретическим их результатом⁵⁵⁷. Как будет показано далее, сравнительный метод не только и не столько решает теоретические и практические задачи, взятые изолированно, сколько обнаруживает их взаимосвязь. Это в значительной мере предопределяет то, каким образом могут быть достигнуты практикоориентированные цели развития национального конституционного порядка.

§ 3. Решение практических задач совершенствования национального конституционного порядка

Одной из часто называемых целей сравнительного исследования является обнаружение способов совершенствования правотворческой или правоприменительной практики по итогам сопоставления вопросов, решаемых в разных системах (других государств и наднационального уровня), и собственно правовых ответов на них. В основе использования сравнительного

⁵⁵⁶ См.: Sacco R. . *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I)*. P. 1-2. В числе критикуемых работ Р.Сакко называет следующую: Szabó I. *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit // Rapports généraux au IX Congrès international de droit comparé, 1977.*

⁵⁵⁷ В одной из работ обсуждается (и осуждается) имплицитно содержащаяся в методологической литературе компаративистской направленности дихотомия теоретического (научного) и практического (ненаучного) знания, восходящая к аристотелевскому различению науки и опыта. См.: Husa J. *The False Dichotomy between Theory and Practice: Lessons from Comparative Law // Rechtswissenschaft als Juristische Doktrin / Ed. by C. Peterson. Stockholm, 2011. P. 115-117.* Думается, тут важно не подменять понятия – представления о том, как именно должен использоваться инструмент сравнения, для того чтобы быть научным методом (тут действительно присутствует теоретическая основа), и результаты применения метода (которые могут быть как теоретическими, так и практическими).

метода в этом случае лежит предположение (свойственное, скорее, функционализму, но допускаемое и некоторыми культурологическими исследованиями) о том, что многие системы сталкиваются с одними и теми же проблемами, однако предлагают различные способы их урегулирования, наиболее подходящие из которых могут стать предметом заимствования. По мнению некоторых авторов, такие исследования неотъемлемы от естественного и почти постоянно предпринимаемого юристами поиска правильного/справедливого решения определенных проблем, с которыми они сталкиваются в рамках собственной правовой системы⁵⁵⁸. Соответственно, речь идет о более или менее целенаправленной деятельности по переносу правовых идей, норм, решений и т.д.

В литературе принято различать заимствование решений законодательной властью и заимствование интерпретационных техник и содержательной аргументации органами правоприменения, в первую очередь – судами⁵⁵⁹. Эти два действия могут оказаться взаимосвязаны (если речь идет об интерпретации правовых норм, которые прежде были заимствованы), но не обязательно. Основной смысл обращения законодателя к сравнительным материалам – это возмещение отсутствия «лабораторий права»: поскольку эксперимент, в ходе которого можно было бы тестировать различные решения, в правовой сфере по меньшей мере затруднен, опыт других стран приобретает большую ценность⁵⁶⁰. Заимствование способов интерпретации национального права может оказаться актуальным по разным причинам, но в первую очередь – в ситуации, когда собственная правовая система не дает однозначного способа разрешить конфликт (пробелы, коллизии в праве, слишком общие нормы, которые требуют истолкования применительно к конкретной спорной ситуации и т.д.), или когда суд стремится к «преобразованию», изменению толкования

⁵⁵⁸ См.: *Осакве К.* Размышление о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3. С. 69.

⁵⁵⁹ См.: *Pieters D.* Functions of Comparative Law and Practical Methodology of Comparing. P. 6-8.

⁵⁶⁰ См.: *Ibid.* P. 8.

нормы в отсутствие воли законодателя на изменение текстуальных формулировок; к реформе конституционной доктрины (см. подробнее главу пятую).

Приведенные соображения актуальны для конституционного права, но нельзя сказать, что упоминания об этом достаточно для данной научной дисциплины. Конституционно-правовая наука ставит самостоятельные вопросы, связанные с возможностью переноса соответствующих институтов, тем более насущные, что для нее речь идет не только о законодательной или судебной деятельности, но о деятельности учредительной власти. В современных условиях подготовка конституции едва ли может происходить без вовлечения сравнительного метода. Как указывается в одной работе, специально посвященной сравнительному конституционному дизайну, в процессе создания конституции происходит сочетание, с одной стороны, изучения иностранного опыта, его заимствования одновременно с приспособлением к нуждам конкретного политического сообщества, а с другой стороны – творческой разработки новых институтов; имеет место учет своего и чужого исторического опыта, но равным образом – и стремление закрепить фундаментальные ценности сообщества на будущее⁵⁶¹. Использование сравнительного метода в процессе поиска конституционного идеала требует осмысления того, каким образом происходит создание конституций, до какой степени оно подчиняется рациональному выбору, с какими ограничениями сталкивается процесс разработки конституции в целом и процесс заимствования конституционных институтов в частности. Некоторые этапы развития отечественного и зарубежного конституционализма наглядно демонстрируют, что разработка текстов национальных основных законов происходит как своего рода «сравнительный проект»⁵⁶².

⁵⁶¹ См.: Comparative Constitutional Design / Ed. by T. Ginsburg. Cambridge University Press, 2012. P. 1.

⁵⁶² См.: Ковлер А.И. Конституция России как сравнительный проект (к истории создания Конституции Российской Федерации) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного

Отличная от задачи формирования предложений по совершенствованию правовой системы, но связанная с нею, - это задача исследования уже состоявшегося переноса правовых элементов из одной системы в другую. «Сравнительное право – это погружение в связи, существующие между некоторым образом соотносимыми системами. Как практический сюжет, сравнительное право исследует правовые заимствования или трансплантаты, которые могут и должны быть произведены; сравнительное право как академическая дисциплина – это другая сторона монеты и представляет собой изучение правовых трансплантатов, которые уже имели место: как, когда, почему и из какой системы они были заимствованы; обстоятельства, при которых они стали успешными или провалились; влияние на них их новой среды»⁵⁶³. Сочетание обеих задач означает, что за практическими предложениями использования иностранного опыта должно стоять определенное понимание сути этого феномена, принципиальной возможности переноса, равно как и его пределов в конкретных отраслях права.

Перенос конституционно-правовых идей, норм и практик в литературе обозначается разными терминами: заимствование, рецепция, трансплантация, циркулирование, передача, влияние, миграция и даже «перекрестное опыление»⁵⁶⁴. С точки зрения смысловой нагрузки не все термины вполне корректны; например, заимствование по первоначальному смыслу предполагает временность использования принадлежащей другому вещи и перспективы возврата того, что было заимствовано, а трансплантация в большинстве случаев означает, что донор утрачивает то, что пересаживается реципиенту, о чем в конституционном праве речи явно не идет. Думается,

правоведения. 2019. № 1. С. 8, 12-13; Al-Ali Z. Constitutional Drafting and External Influence // Comparative Constitutional Law / Ed. by T. Ginsburg, R. Dixon. Cheltenham, Northampton, 2011. P. 77-85.

⁵⁶³ Эта позиция была озвучена А. Уотсоном в сборнике: Schlesinger R., Baade H., Damaska M., Herzog P. Comparative Law: Cases-Text-Materials. New York, 1988. P. 309-310. Цит. по: Ewald W. Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants // The American Journal of Comparative Law. 1995. Vol. 43. No. 4. P. 499.

⁵⁶⁴ См.: Perju V. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / Ed. by M. Rosenfeld, A. Sajo. Oxford, 2012. P. 1305-1306.

однако, что всякая метафора имеет свои пределы; при наличии договоренностей относительно их понимания, все эти термины могут оставаться в употреблении. Более существенным является вопрос о самой возможности соответствующих процессов в конституционном праве. В частности, вызывает некоторые сомнения позиция, уподобляющая правовые решения товарам в магазине самообслуживания, которые можно просто взять с полки с той разницей, что в случае юридического супермаркета за это даже не нужно платить⁵⁶⁵.

В действительности позиции участников дискуссии в этом вопросе, так же как и в рассмотренном ранее вопросе о теоретических моделях, строятся вокруг того, до какой степени правовые идеи и институты «привязаны» к социально-политической среде. Для целей данной работы принципиальна связь между уточнением перспектив заимствования и определением предметной области сравнительно-правовых исследований. На первый взгляд, соображения, развиваемые в теории сравнительного права в отношении заимствования, могут быть применены в различных отраслях юридического знания, прирастающих за счет компаративного блока. Все же необходимо внимательно следить за тем, не были ли соответствующие теоретические конструкции созданы на основе обобщения только частноправового опыта – в этом последнем случае следует понять, применимы ли они к конституционному праву как отрасли публичного права.

С одной стороны, применительно к проблемам заимствования существуют теории, которые в зарубежных источниках было предложено именовать «зеркальными» (*mirror theory*)⁵⁶⁶. Суть этих теорий заключается в том, что право – не автономная система, но зеркало, продукт общества⁵⁶⁷; при этом речь идет не об одной какой-то теории, а о целом ряде их, и каждая ставит во главу определенный общественный фактор развития права (экономический,

⁵⁶⁵ См.: Бланкенагель А. О скрытой пользе. С. 51.

⁵⁶⁶ См.: Ewald W. Comparative Jurisprudence (II). P. 492.

⁵⁶⁷ См.: Friedman L. Law in America. A Short History. New York, 2002. P. 15-17.

политический и т.д.) и придает этому фактору определенную силу, или интенсивность влияния на право – от «взаимосвязи» до «полной детерминированности». Соответственно, успех или неуспех «пересадки» правового института связывается здесь с наличием подходящих условий в стране-реципиенте, близких к тем, что действуют в стране-доноре, а сравнительно-правовые исследования прагматичной целевой направленности должны быть сосредоточены не только на правовых системах, но и на определяющем контексте их действия. Очевидно, что эти идеи соответствуют культурологическому подходу к использованию сравнительного метода, поскольку в авангарде «зеркальных» теорий находится позиция, согласно которой право определяется всей системой факторов (культурой в широком смысле), формирующих его в итоге не просто как систему норм или действий, но как особый вид образа мыслей или ментальности.

Однако даже среди приверженцев культурологического подхода не наблюдается единства мнений. При умеренных оценках⁵⁶⁸, допускающих информационный обмен между культурами, трансплантация – это процесс, требующий выхода за рамки механистичности и действующий с ограничениями, но все-таки возможный. При крайних вариантах холизма трансплантация по сути отрицается как факт: даже при возможности обмена культурными элементами речь не будет идти о трансплантатах как таковых: «значение нормы не выживает в ходе путешествия из одной правовой системы в другую»⁵⁶⁹. Даже один институт, функционирующий в разных системах, – это уже разные институты; и исследователь, изучающий их в сравнении, как уже отмечалось выше, должен быть сосредоточен именно на различиях, а

⁵⁶⁸ Обоснование позиции, сознательно выбранной автором на линии между текстуализмом и контекстуализмом, хотя и требующей взгляда «изнутри» на идеи соответствующей системы см.: Ewald W. The Jurisprudential Approach to Comparative Law: a Field Guide to “Rats” // American Journal of Comparative Law. Vol. 46. 1998. No. 4. P. 703.

⁵⁶⁹ См.: Legrand P. The Impossibility of “Legal Transplants” // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 1997. P. 117.

осмысленность предложений по заимствованиям оказывается весьма сомнительной.

С другой стороны, была разработана теория трансплантации, оспаривающая «зеркальные» теории. Так, на внушительном историческом материале, связанном с рецепцией римского права, А. Уотсон показал способность к выживанию норм, реципированных в самых разных культурных условиях и характеризовавшихся разной степенью эффективности⁵⁷⁰. Его наблюдения – подтверждение теории о том, что право представляет собой систему, в значительной степени автономную по отношению к условиям общественной жизни. В интерпретации Уотсона, правовые реформы – это сфера деятельности профессиональных юристов, которые по ряду причин заметным образом используют заимствования⁵⁷¹.

Нельзя отрицать, что данный автор опровергает наиболее радикальные «зеркальные» позиции, предполагающие, что правовые институты полностью сводятся к каким-либо внеправовым факторам. Это, однако, логически не означает другой крайности – что социально-политические, экономические и иные условия вовсе не играют никакой роли в становлении правовых институтов. Кроме того, надо учитывать, что внимание А.Уотсона было сосредоточено на западных государствах и существующих в них институтах частного права (восходящих к римскому праву). Распространить его выводы на область публичного права, и в особенности конституционного права, и в приложении к самым разным странам мира, было бы затруднительно, в силу сложности исторического контекста, обуславливающего принятие тех или иных конституционных норм; взаимозависимости конституционных

⁵⁷⁰ См., напр.: Watson A. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 1993. Неэффективная норма – норма, которая не служит ничьим интересам и в которой никто не заинтересован, а она тем не менее сохраняется – является хорошим аргументом против самых сильных прочтений зеркальных идей.

⁵⁷¹ См.: Ibid. P. 88.

положений, действующих в качестве сложной системы⁵⁷²; насыщенности конституционного права принципиальными, ценностными ориентирами, выражающими самые глубокие убеждения создателей конституции⁵⁷³ и самые существенные черты конкретных правопорядков, позволяющих устанавливать их идентичность⁵⁷⁴. В таких условиях не приходится удивляться, что перенос многих конституционно-правовых институтов вызывает больше вопросов относительно гармоничности самого процесса и удовлетворительности итогового результата, чем перенос институтов частного права.

Представляется, что тут есть два варианта дальнейшего рассуждения.

В рамках одного из них озвучивается более осторожная позиция, в соответствии с которой по итогам применения сравнительного метода в конституционном праве органами власти и исследователями взяты на вооружение или рекомендованы к применению могут быть не только и не столько «готовые» нормы и решения, сколько сопровождающий их «правовой инструментарий»: логические ходы, применяемые при конструировании правовых норм и институтов; приемы построения аргументации, приводимой в обоснование правовых решений, уже показавших свою эффективность; способы систематизации и толкования правового материала и организации правоприменительной практики; правовые концепты, структурирующие процессы разрешения конфликтов и др.⁵⁷⁵

В рамках второго варианта допускается и заимствование конституционно-правовых норм, но с сохранением озвученного в науке тезиса о том, что в виду вопросов заимствования следует, не сводя правовую материю к материи политологической, экономической, социологической и иной, но и не

⁵⁷² См.: Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // Penn State International Law Review. Vol. 28. 2010. P. 323-324.

⁵⁷³ См.: Post R.C. Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law // Harvard Law Review. Vol. 117. 2003. No.4. P. 36-37.

⁵⁷⁴ См.: Rosenfeld M. The identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community. New York, 2010. P. 29.

⁵⁷⁵ См.: Кененова И.П., Троицкая А.А. Шустров Д.Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М., 2015. С. 32; Конституционное право и конституционная компаративистика в системе российского юридического образования. М., 2009. С. 25–26.

отказываясь от установления связей между правом и обществом, изучать эти связи в их взаимности, интерактивности и многоуровневости⁵⁷⁶.

Заметим, что это корректный, но достаточно абстрактный призыв; в науке уже были выработаны более конкретные схемы, призванные направить фокус на процесс реформирования в определенном контексте, а не просто на набор некоторых правовых предписаний, заимствуемых обычно из развитых государств евро-американского региона и рассматриваемых в качестве «лучших практик» «одного-размера-подходящего-всем»⁵⁷⁷. Подчеркнем также то обстоятельство, что в качестве ключевых измерений успешной правовой трансплантации часто называют принцип верховенства права, контроль над коррупцией, политическую стабильность и эффективность государственной власти⁵⁷⁸, соответственно, продвижение этих идей должно если не предшествовать, то по крайней мере сопутствовать переносу любых правовых институтов, что актуализирует проблемы заимствований в конституционно-правовой сфере.

Соответственно, в науке был предложен дифференциальный анализ, рассматриваемый как прагматичный ответ на проблему заимствований и предполагающий классификации по различным параметрам, например, типам государств-реципиентов (применительно к развивающимся государствам предлагается различать несостоявшиеся государства (*failed states*), государства пост-конфликта, государства транзита; дополнительно могут быть введены критерии, определяющие экономическую ситуацию в стране, или характеризующие уровень насилия, и др.), или областям реформирования (по отраслям права либо более конкретным вопросам – независимость судов,

⁵⁷⁶ См.: Ewald W. Comparative Jurisprudence (II). P. 509.

⁵⁷⁷ См.: Peerenboom R. Toward a Methodology for Successful Legal Transplants // The Chinese Journal of Comparative Law. Vol. 1. 2013. No. 4. P. 4.

⁵⁷⁸ См.: Taylor V. The Law Reform Olympics: Measuring the Effects of Law Reform in Transition Economies // Law Reforms in Developing and Transitional States / Ed. by T. Lindsey. Oxford: Routledge, 2007. P. 83-104.

контроль административных решений и т.д.)⁵⁷⁹. Дальнейшая схема анализа включает в себя:

- цели реформирования (экономический рост, рост легитимности публичных институтов, защита прав человека, включая доступ к правосудию, присоединение к международным организациям и др.);

- экономические показатели (тип экономической системы, характеристики секторов экономики, степень либерализации финансовой политики, инфраструктурные показатели и др.);

- особенности политической системы (социальная природа государства, политический режим, ключевые политические институты и их полномочия, индикаторы эффективного управления, степень централизации власти и др.);

- тип правовой системы;

- функционирование ключевых правовых институтов (включая суды, прокуратуру, административные органы, правозащитные организации, функционирование юридической профессии в целом);

- характеристики гражданского общества (его природа, рамки деятельности НКО и СМИ, доступ к информации, участие институтов гражданского общества в принятии властных решений и др.);

- описание социально-культурной сферы (этнический состав, религиозное разнообразие, гендерные проблемы и др.);

- геополитические факторы развития государства (включая проблемы терроризма, миграции, экологии, международной помощи и санкций, направлений международного сотрудничества и т.д.).

Замыкает предложенную схему анализ уже имеющихся норм соответствующей отрасли права, которую предполагается реформировать⁵⁸⁰.

Отдавая себе отчет в сложности подобной схемы, заметим все же, что при внимании к ней предложения о заимствованиях в конституционном праве

⁵⁷⁹ Peerenboom R. Op. cit.

⁵⁸⁰ Ibid.

могут быть более взвешенными и стратегически успешными. Вместе с тем, следует подходить критично к вопросу о том, какие именно составляющие контекста должны быть учтены в рамках конкретного исследования, тем более направленного не на глобальное переустройство всей правовой системы, а на отдельные, возможно – точечные, изменения. С одной стороны, это упрощает задачу исследователя, с другой – актуализирует отбор релевантного материала. Решение далеко не каждой конституционно-правовой проблемы требует «сканирования» всех сфер общественной жизни и всех элементов правовой системы по полной программе, но во всех случаях требуется рефлексия относительно того, какая часть общественной жизни и права все-таки должна быть принята во внимание. Например, если поставленный вопрос касается проблемы допустимости использования в стране такой вспомогательной репродуктивной технологии как суррогатное материнство, то для переноса зарубежных подходов к этой проблеме едва ли имеет значение тип экономической системы государства, степень децентрализации власти в нем, или актуальность террористической угрозы; напротив, проблемы обеспечения прав человека, восприятия гендерного равноправия и до некоторой степени – влияния определенных вероучений будут иметь отношение к делу. Важно то, что применение схемы даже в редуцированном ее виде сохраняет основное ее преимущество – ориентированность на ситуацию в государстве-реципиенте и его потребности в правовом реформировании.

Кроме того, отдельного внимания заслуживают и более конкретные схемы исследования результатов уже проведенных заимствований, акцентирующие не предсказания, а оценку особенностей и последствий различных процессов переноса. В рамках этих схем предлагается различать навязывание норм по итогам военных действий, в рамках колонизации или иной экспансии; заимствование как результат следования определенным философским идеям или руслу технического развития; восприятие институтов и доктрин по соображениям «повышения престижа»; адаптация собственной

правовой системы к выработанным на международном уровне общим стандартам; стремление достичь правовыми инструментами определенного развития общественных отношений и т.д.⁵⁸¹ и дальнейшей трансформации заимствованных институтов под воздействием среды.

Для науки конституционного права представленные схемы, нацеленные на дифференциальный анализ, могут быть полезны, как минимум по двум причинам. Первая связана с необходимостью понимания конституционного права не просто как системы (это верно для любой отрасли), но как системы, напрямую влияющей на другие системы, поскольку конституционное право выступает как база всех отраслей права; соответственно, при заимствованиях конституционно-правовых положений требуется просчет последствий для всего правового порядка государства. Вторая затрагивает степень связанности отрасли с культурной средой; поскольку основы конституционного строя имеют двусторонние связи влияния с общественным строем, то возможности заимствования имеют дополнительные если не ограничения, то требования по сравнению с иными отраслями права.

Для сравнительного права сохраняет актуальность позиция, согласно которой правовые нормы и институты представляют собой спектр от «механических» (заимствуемых сравнительно легко) до «органических» (меньше поддающихся переносу): отнесение нормы к соответствующему типу определяется тем, «насколько тесно они привязаны к иностранной структуре власти»⁵⁸². Конституционное право с очевидностью занимает «органический» край. Вместе с тем, с точки зрения прагматических задач внимания заслуживает прозвучавшая в науке идея о том, что сами конституционные нормы могут быть привязаны к базовым идеологическим установлениям данного правопорядка в

⁵⁸¹ См.: Graziadei M. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions // The Oxford Handbook of Comparative Law. P. 455-461.

⁵⁸² Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law // Modern Law Review. 1972. No. 1. P.13.

разной степени⁵⁸³. Соответственно, всякий раз, как возникает вопрос относительно оценки опыта или будущих перспектив переноса конкретной конституционно-правовой идеи, нормы или практики, необходимо устанавливать не только связи последних с контекстом их действия, но и самую значимость этих связей.

Например, в рамках вопроса о порядке реализации законодательной инициативы можно выделить аспекты, имеющие серьезные связи со всей системой организации власти в данном государстве (формальное ограничение субъектов законодательной инициативы в США конгрессменами в контексте жесткого разделения властей, приоритетное рассмотрение законопроектов правительства с одновременным сужением права парламентариев вносить только законодательные предложения во Франции в контексте системы рационализованного парламентаризма и др.), а можно выделить более «технические» аспекты, заимствование которых связывается, скорее, с целесообразностью более тщательной подготовки законопроектов (предоставление права законодательной инициативы не каждому члену парламента, а только их группе, по образцу Польши, или ФРГ, персонификация законопроекта по опыту некоторых англо-саксонских стран, обоснование принципов и анализ возможных социально-экономических последствий законопроекта при его внесении, как в Испании и др.)⁵⁸⁴ и не имеет значимых политико-правовых препятствий. Таких примеров в конституционном праве может быть приведено много.

В целом, в решение задач, связанных с заимствованием зарубежного опыта, конституционалистами вовлекаются соображения троякого рода. С

⁵⁸³ См.: Степанов Д. Идеологическая нейтральность институтов конституционного дизайна // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 3. С. 46.

⁵⁸⁴ О сопоставлении зарубежного опыта в практических целях совершенствования института законодательной инициативы см.: Арбузкин А.М., Кененова И.П., Ковалева Т.К., Троицкая А.А. Законодательная инициатива: ожидания, результаты и перспективы // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 1. С. 45-49; Газизова Р.Г., Касаткина Н.М., Крысенкова Н.Б., Лещенков Ф.А., Пилипенко А.Н., Трещетенкова Н.Ю., Чурсина Т.И. Организация законодательного процесса в зарубежных странах. М., 2014. С. 16.

одной стороны, речь идет о том, чтобы прислушаться к общему призыву критически использовать зарубежный опыт, адекватно оценивая исторические традиции разных государств⁵⁸⁵. С другой стороны - жесткость конституционно-правовых конструкций каждой конкретной национальной правовой системы не следует и переоценивать, поскольку некоторые из этих конструкций вполне способны стать предметом «настраивания», в том числе с привлечением зарубежного материала. С третьей стороны - будучи заимствованы, конституционно-правовые институты могут оказаться под давлением существенной трансформации и даже искажения, вплоть до необходимости поставить вопрос, действительно ли имело место заимствование, или произошло нечто совершенно иное. История распространения отдельных конституционно-правовых институтов и доктрин подтверждают это.

Для иллюстрации обратимся к известному сравнительному исследованию становления конституционных судов в странах, осуществлявших переход от авторитаризма к демократии⁵⁸⁶. Работа начинается с суммирования стандартных обоснований для введения до некоторой степени проблематичного с точки зрения теорий народного представительства института судебного конституционного контроля (*countermajoritarian difficulty*) – эти обоснования обычно сводятся к тому, что демократический порядок нужно защищать в том числе от текущего правящего большинства, обеспечивая меньшинству возможность оставаться частью политического процесса; к этим соображениям иногда добавляется идея об усилении делиберативной демократии, (установление границ и содействие которой входит в задачи конституции), поскольку конституционный суд может выступать как дополнительный компетентный участник обсуждения принимаемых решений⁵⁸⁷. Очевидно, если исходить из этих соображений, то одинаково независимые конституционные

⁵⁸⁵ См.: Дамирли М.А. Теоретико-методологические проблемы сравнительного правоведения: попытка актуализации и некоторые размышления // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3. С. 47.

⁵⁸⁶ См.: Ginsburg T. *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge University Press, 2003.

⁵⁸⁷ Ibid. P. 21-22.

суды должны были бы появиться абсолютно в любом обществе, поскольку в любом обществе конституция предполагает сохранение в политическом процессе не только большинства, но и меньшинства, и допускает институциональный диалог между ветвями власти.

Однако Т. Гинсбург предлагает дополнительное измерение для исследования проблемы. Что заставляет конкретных создателей конституции предусматривать в ее тексте конституционный контроль? Если смотреть на дело с нормативистских позиций, конституция как социальный контракт должна отражать интересы отдельных групп и даже отдельных индивидов, поэтому появление конституционного контроля можно было бы считать закономерным; проблема в том, что с эмпирической точки зрения идея, в соответствии с которой создатели конституции на самом деле выступают как проводники воли народа и отдельных групп и граждан, остается открытой для критики, а конституционный контроль в странах новой демократии все-таки появляется, хотя и в разном виде. Т.Гинсбург выдвигает гипотезу «политической страховки» - создания текущей правящей силой (весьма заинтересованной в особенностях и последствиях производимого институционального выбора) механизма конституционного контроля как сдержки на случай потери ею в будущем своей власти⁵⁸⁸. Соответственно, в создании органа конституционного контроля с сильными полномочиями и, главное, поддержании его функционирования в независимом качестве, правящая сила заинтересована, только если электоральное будущее отдельных сил остается неопределенным, а сценарий смены власти вполне реален. При доминировании одной политической силы, которая по тем или иным причинам не предвидит для себя потери власти, выше вероятность появления относительно слабого и политически зависимого органа⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Ibid. P. 23.

⁵⁸⁹ Выдвинутая гипотеза была проверена (и подтверждена) на примере новых демократий Тайваня (контролируемый транзит под руководством одной доминирующей партии и сильного лидера и слабый совет больших судей), Монголии (сильные позиции прежней правящей силы при

Больше того, в более поздних исследованиях других авторов уточняется, что, как показывает опыт ряда государств транзита, одной только политической конкуренции как таковой для создания сильного конституционного суда недостаточно. Если политическая конкуренция существует как результат не приверженности демократическим принципам, а фрагментированности подчас коррумпированных политических элит, то находящиеся у власти силы будут не готовить себе страховку на случай потери своего лидирующего положения, а пытаться сохранить это положение всеми способами, в том числе – оказывая давление на конституционный суд⁵⁹⁰. Иными словами, концепция сильного конституционного суда как страхового механизма работает не просто в случае реальных перспектив потери власти текущей правящей силой, а в случае не менее реальных перспектив ее возвращения к власти после перерыва (то есть расчета на то, что сила, сменившая текущую, будет так же готова со временем занять оппозиционное положение и не будет использовать конституционный суд в своих целях). Противоположный сценарий (отсутствие работающих механизмов демократической смены власти) по сути сужает пространство для конституционного правосудия.

Таким образом, реальное заимствование института конституционного контроля возможно, но зависит от ряда факторов, лежащих в политической плоскости соотношения сил; некоторые условия способствуют тому, чтобы

постепенном появлении новых оппозиционных сил и квази-независимый конституционный суд) и Кореи (неотчетливое будущее трех партий примерно равного веса и сильный и относительно независимый конституционный суд как политическая страховка в условиях избирательной неопределенности). См.: Ibid. P. 106-246.

⁵⁹⁰ См.: Partlett W. Why Political Pluralism is Not Enough: Moldova's Constitutional Crisis // <http://www.iconnectblog.com/2019/07/why-political-pluralism-is-not-enough-moldovas-constitutional-crisis/>. Исследование различных стратегий транзита на основе сравнительного анализа ситуаций см.: Троицкая А. А. Об основных критериях, факторах и условиях выбора последовательности конституционной модернизации в сравнительном аспекте // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 10. С. 49–60.

заимствованный институт работал не так, как это предусматривается в соответствии с изначальной концепцией⁵⁹¹.

Приведенный пример показывает, что даже при состоявшемся на первый взгляд заимствовании конституционно-правового института спектр вариантов его функционирования остается широк, актуализируя для компаративистов научную проблему разграничения успешных и неудачных, реальных и имитационных заимствований, прагматические результаты которых существенно различаются. Вопрос, безусловно, осложняется тем, что о точном копировании норм и особенно практики их применения в конституционном праве речи практически не идет, соответственно, изучение процессов заимствования предполагает внимание к типологиям заимствуемых институтов, факторам, влияющим на трансформацию этих институтов и проблеме пределов изменения правовых систем в целом⁵⁹².

Помимо этого специфическим случаем достижения практических целей является сравнительное конституционно-правовое исследование, по итогам которого обосновывается предпочтительность не заимствования, а отказа от него⁵⁹³. Такое исследование также требует соотнесения возникшей проблемы и ее контекста в различных государствах. Использование сравнительного метода в «отрицательном» смысле (в смысле обоснования невозможности заимствовать чей-то опыт) хорошо известно на практике⁵⁹⁴ и перекликается не только с теоретическими, но и с классификационными целями, определяющими более глубокое понимание различных конституционных систем.

⁵⁹¹ При том что точкой отсчета в вопросе о том, как должен функционировать конституционный суд, предлагается считать работу Г. Кельзена. См.: *Kelsen H. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)* // *Revue du droit public et de la science politique*. 1928. No. 2. P. 204–223.

⁵⁹² См., напр.: *Miller J.M. A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process* // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 51. 2003. No. 4. P. 839-885.

⁵⁹³ Об отказе от заимствования как части применения сравнительного метода см.: *Осятыньский В. Парадоксы конституционного заимствования* // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2004. № 3. С. 55.

⁵⁹⁴ *Stone A. Comparativism in Constitutional Interpretation* // *New Zealand Law Review*. 2009. Статья доступна на сайте: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683127.

Аналогичным образом, когда речь идет об изучении и оценке уже произошедшего заимствования, столь же важен акцент на те альтернативы, которые выбраны не были, а также причины, по которым это было сделано. Как справедливо подчеркивает К.Л.Шеппели, ««[к]онституционное заимствование» в широком смысле подразумевает наличие выбора, однако исследователи этого феномена склонны концентрировать свое внимание лишь на том, что действительно стало предметом заимствования. Для получения более адекватной картины кроссконституционного влияния необходимо принимать во внимание как заимствованные, так и отвергнутые положения... [О]тторжение той или иной конституционной модели в определенном смысле может оказывать большее влияние на ход конституционного развития, чем позитивное заимствование конкретной институциональной схемы или конституционного положения»⁵⁹⁵. С позиций социолога права, данный автор связывает делаемый «архитекторами конституций» выбор не только с тем, что какая-то альтернатива им понравилась, а с тем, что не понравились иные альтернативы⁵⁹⁶. Это замечание привлекает внимание к необходимости просчета последствий различных вариантов решений, а не только одного – самого очевидного, или «престижного» и т.д.

По сути, здесь проявляет себя более широкая проблема – проблема полноты выборки обсуждаемых вариантов (*unbiased sample*). К распространенным ошибкам в сравнительных исследованиях относится использование как полной той выборки, которая в действительности является неполной или неравномерно полной⁵⁹⁷. В конституционном праве неполнота

⁵⁹⁵ Шеппели К.Л. Конституционализм заимствования и отвержения: изучение кроссконституционного влияния с помощью негативных моделей // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3. С. 78.

⁵⁹⁶ См.: Там же.

⁵⁹⁷ Эта проблема актуальная для разных наук, не только правоведения. Например, в наблюдательной астрономии известен «сдвиг Малмквиста» - эффект, приводящий к преимущественному обнаружению небесных объектов высокой светимости. Этот эффект требует правильного учета при составлении обзоров звезд. Другой известный пример, уже из области, скорее, здравого смысла, - «ошибка выжившего», то есть систематическая ошибка отбора, когда общие выводы делаются на основе данных, актуальных только для части изучаемых явлений.

выборки может быть связана с различными причинами – языковыми ограничениями, недоступностью информации и т.д. Для нас принципиально, что в ряде случаев неполнота объектов может быть связана с субъективным выбором исследователя.

В связи с этим во всех случаях (и «позитивного», и «негативного» компаративизма) следует учитывать недопустимость «маскирующего» использования сравнения конституционно-правовых норм. Имеются в виду ситуации, когда с целью оправдания уже принятого по политическим соображениям решения приводятся ссылки на зарубежные нормы, на первый взгляд аналогичные вводимым. Действительно, сравнительные исследования, особенно широкие по географическому охвату, способны представить доказательства приемлемости если не любых, то все же очень разных вариантов. Здесь открываются возможности для манипулирования. Сдержкой им может служить лишь контролируемый отбор переменных, значимых для итогового результата, причем даже в тех случаях, когда речь идет, на первый взгляд, о «технической» норме, легко поддающейся «корректировке».

Например, при изменении величины заградительного барьера на выборах законодательного органа следует учитывать реальные риски как фрагментации парламента (до степени, которая действительно препятствовала бы принятию им решений), так и потерь для его представительного характера и избирательных прав граждан; эффекты в сфере политической конкуренции; допустимость или недопустимость отсечения от политического процесса конкретных политических сил (с точным пониманием смыслов и пределов концепции самозащиты конституционного строя и положением конкретных сил в системе социального взаимодействия), а не просто спектр существующих в мире цифр. Скажем, известен пример десятипроцентного заградительного барьера в Турции, который не был признан Европейским Судом по правам человека нарушающим статью 3 Протокола 1 к Конвенции о защите прав

человека и основных свобод⁵⁹⁸. Вместе с тем, Суд подчеркнул значение «специфического политического контекста выборов, рассматриваемых в деле», и сопровождения барьера определенными коррективами и другими гарантиями, ограничившими его эффект на практике (§ 147). Уже по этой причине сам по себе такой барьер не должен служить приглашением для других стран, использующих пропорциональную избирательную систему и более низкий заградительный барьер, поднимать его величину.

Кроме того, в свете приведенных выше позиций относительно «отрицательного заимствования» подчеркнем, что для решения практических задач совершенствования конституционного порядка с помощью неманипулятивного использования сравнительного метода существенным представляется не просто следование какому-то примеру, который рассматривается как положительный, но уделение внимания также и тому, чтобы объяснить, почему имеющиеся контрпримеры не заслуживают заимствования (то есть – возразить на возможные возражения). Конечно, исчерпывающий анализ абсолютно всех имеющихся вариантов построения конституционно-правовой нормы или института – это нереалистичная задача, но все же учет позиций, существенно дополняющих представления о конституционно-правовых смыслах тех или иных норм или институтов (и собственно, постоянное расширение знания о таких позициях) составляет важную часть работы компаративиста. Так, приведенные выше соображения относительно величины заградительного барьера могут быть дополнены позицией органа конституционного контроля, который, хотя и указал, что «никакого жесткого значения не может быть приписано величине заградительного барьера, скорее, она является относительной и должна определяться специфическим соотношением сил в стране и структурой их

⁵⁹⁸ См.: *Yumak and Sadak vs. Turkey*. Application no. 10226/03. Judgment of a Grand Chamber 8 July 2008. Текст решения на английском языке доступен на сайте: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{<dmdocnumber>:\[«837656»\],<itemid>:\[«001-87363»\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{<dmdocnumber>:[«837656»],<itemid>:[«001-87363»]})

дифференциации», но подчеркнул при этом необходимость обоснования «особенно важными причинами» всякого его увеличения и заметил, «что увеличение заградительного барьера не может быть безграничным, так что, например, десятипроцентный барьер уже мог бы рассматриваться как вмешательство в пропорциональную систему, угрожающую ее демократическому существу»⁵⁹⁹.

Суммируя, следует указать, что все представленные соображения в некотором смысле размывают границы между теоретическими и практико-ориентированными исследованиями в науке конституционного права. Это сознательный эффект. Думается, что теоретические построения представляют собой не просто описание (и объяснение) закономерностей функционирования конституционно-правовых институтов (в том числе – на основе анализа уже произошедшего или произошедшего заимствования какого-либо института) в сравнительной перспективе; эти теории представляют собой одну из возможных основ, которая должна быть учтена при формулировании новых предложений относительно улучшения национального конституционного порядка с использованием иностранного опыта.

Теоретические задачи могут быть поставлены более или менее глобально, но важно, чтобы их достижение предшествовало, или по крайней мере сопутствовало достижению задач практических. Сравнительный метод позволяет выдвинуть и проверить научные гипотезы относительно действия тех или иных институтов конституционного права в различных условиях; уже с позиции этих (сформулированных и проверенных) гипотез и может происходить заимствование⁶⁰⁰. Теоретические исследования не всегда

⁵⁹⁹ См. решение Конституционного суда Чешской республики по делу о пятипроцентном заградительном барьере (признанном не нарушающим положения Конституции о пропорциональном представительстве на выборах в Палату депутатов): PL ÚS 25/96, 1997/04/02. Исследование, содержащее сравнительный анализ соответствующих позиций см.: Троицкая А.А. Решения органов конституционного контроля по избирательным спорам // Право избирать и быть избранным в российских политических реалиях: основные конституционно-правовые проблемы. Учебно-методический комплекс / Отв. ред. Авакьян С.А. М., 2015. С. 518-523.

⁶⁰⁰ См.: Hirschl R. Op. cit. P. 129.

направлены на немедленные практические результаты, но затруднительно представить себе сравнение институтов конституционного права, проводимое в практических целях и при этом полностью лишенное теоретического измерения⁶⁰¹.

Иными словами, если ставить задачу совершенствования своей системы на основе сравнительного метода, схема (б) представляется более предпочтительной, нежели схема (а).

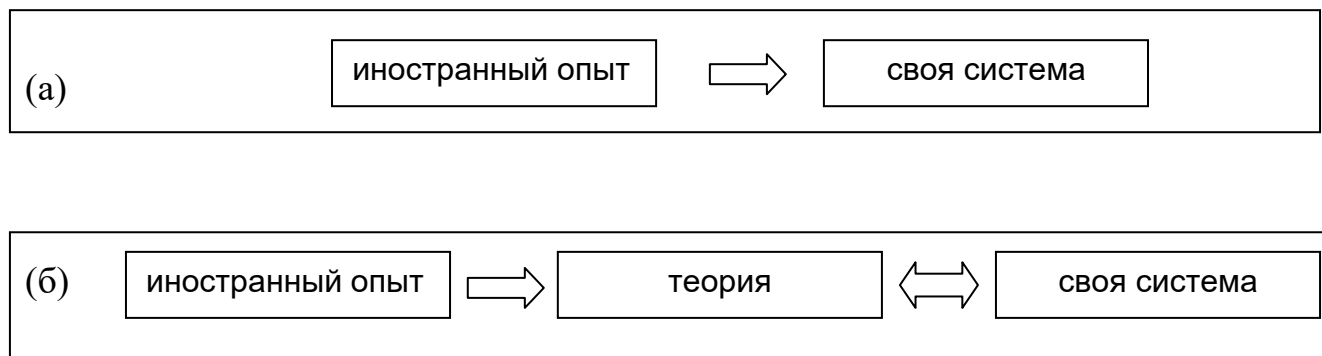


Рис. 2. Схемы практикоориентированного заимствования зарубежного опыта.

Это тем более так, что именно схема (б) позволяет с помощью вводимого теоретического уровня учитывать должным образом и то общее, что есть в различных системах, и те особенности, которые они имеют, возвращая нас к проблеме соотношения сходств и различий в конституционном праве, в то время как схема (а) не достаточно учитывает прослеживаемую в литературе справедливую идею о том, что к попыткам воплотить достижения компаративистики в нормативных материалах, тем более – более в категориях универсализации, следует подходить с большой аккуратностью⁶⁰².

Эта идея может показаться очевидной, однако на практике не всегда можно заметить следование ей. Так, в Российской Федерации был принят ряд законодательных мер, направленных на закрепление возможности признавать некоторые юридические и физические лица лицами, выполняющими функции

⁶⁰¹ См.: Husa J. The False Dichotomy between Theory and Practice. P. 106.

⁶⁰² См.: Дождев Д.В. Указ. соч. С.12-15.

иностранного агента, то есть на придание им статуса, сопряженного с серьезными негативными последствиями (включение в специальный реестр, распространение материалов только с соответствующей пометкой, дополнительные аудиторские проверки и иные дополнительные требования по отчетности для некоммерческих организаций и др.)⁶⁰³. При этом меры, принимаемые в декабре 2019 года и касавшиеся «СМИ-агентов», сопровождались ссылками на зарубежную практику и даже сопоставлениями с законодательством США, которые привели к выводу о том, что «российское регулирование в части возможности признания иностранными агентами физических лиц отвечает зарубежному, в частности, американскому опыту, а по ряду аспектов является более либеральным, чем аналогичное регулирование в США»⁶⁰⁴. В такого рода дискуссии легко упустить из виду достаточно значимые вопросы о том, кто именно признается в США на основе закона (The Foreign Agents Registration Act) иностранным агентом, какая деятельность им должна осуществляться и с какой степенью контроля со стороны иностранного принципала. Закон устанавливает в частности, что «агент иностранного принципала» - это лицо, которое действует по приказу, запросу, под управлением или контролем иностранного принципала (или лица, контролируемого иностранным принципалом) и которое непосредственно, или через других людей вовлечено в США в политическую активность в интересах иностранного принципала. Закон указывает некоторые виды активности агента в более детализированном виде, но всякий раз уточняет, что речь идет о деятельности, осуществляемой «в интересах иностранного принципала»; кроме того, закон устанавливает ряд исключений, под которые попадают, например, лица, вовлеченные в виды деятельности, которые не служат *преимущественно*

⁶⁰³ См.: Федеральный закон от 12 января 1996 года № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (в ред. от 2 декабря 2019 года); Закон Российской Федерации от 27 декабря 1991 года № 2124-1 «О средствах массовой информации» (в ред. от 2 декабря 2019 года); Федеральный закон от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (в ред. от 2 декабря 2019 года).

⁶⁰⁴ Клишас сравнил российский и американский законы об инагентах. РИА Новости. 2 декабря 2019 года // <https://ria.ru/20191202/1561836536.html>.

иностранным интересам, и, кроме того, в ряде случаев – собственно СМИ⁶⁰⁵. По этой причине представляются не вполне корректными утверждения относительно более либерального характера положений российского Закона «О средствах массовой информации», для которых ключевым моментом является именно отсутствие требования отчетливой связи между получением денежных средств из, условно скажем, иностранного источника и распространением сообщений и материалов (часть 7 статьи 6). Что же касается Федерального закона «О некоммерческих организациях», то его положения фактически прямо устанавливают, что связи между политической деятельностью (понимаемой вдобавок очень широко) организации, выполняющей функции иностранного агента, и интересами иностранных источников финансирования может и вовсе не быть, поскольку речь идет об участии в политической деятельности «*в том числе* в интересах иностранных источников» (пункт 6 статьи 2, выделение добавлено). Кроме того, заметим, что всякая сравнительная оценка степени либеральности регулирования в тех или государствах выглядит достаточно проблематичной в отсутствие целостного представления о практике применения соответствующих норм.

В отсутствие теоретической проработки конструкций, связанных с указанием на иностранного агента⁶⁰⁶, явно выраженных целей и побочных эффектов закрепления таких конструкций в национальном законодательстве, без помещения соответствующего вопроса в более широкий контекст

⁶⁰⁵ Наиболее корректным представляется изучение точных формулировок в тексте оригинала, доступного в электронном виде: <https://www.justice.gov/nsd-fara/fara-index-and-act#611>.

⁶⁰⁶ Отдельного внимания, как представляется, заслуживает вопрос относительно восприятия самого термина «иностраный агент» в современных российских условиях. Как указал Конституционный Суд РФ, «любые попытки обнаружить в словосочетании "иностраный агент", опираясь на сложившиеся в советский период и, по существу, утратившие свое значение в современных реалиях стереотипы, отрицательные контексты лишены каких-либо конституционно-правовых оснований» (см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2014 года № 10-П, п.3.1 мотивировочной части). В действительности нет уверенности, что отрицательные контексты возникают или не возникают в зависимости от наличия конституционно-правовых оснований для этого; как и в том, что стереотипы, сложившиеся в советский период, утратили свое значение в современных реалиях. Представляется, что вопрос о негативных коннотациях для людей, которые рискуют столкнуться с конкретным обозначением, - это как раз пример востребованности в конституционном праве подходов социологической школы, а не узкодогматических подходов.

соразмерности ограничения политических и иных конституционных прав, требований сохранения политического многообразия и конкуренции при реализации механизмов самозащиты конституционного порядка озвученные представителями законодательной власти позиции относительно соответствия принимаемых в России положений «международной практике»⁶⁰⁷ остаются достаточно поверхностными и оставляют много вопросов относительно корректности понимания иностранного опыта, на который, тем не менее, делается ссылка.

Подобная практика возвращает нас к актуальности представленной выше схемы, которая не означает невозможность заимствований, но означает необходимость когнитивного контроля предложений о заимствованиях.

Еще один путь, по сути обобщающий требования к информационному, теоретическому и практическому целеполаганию применения сравнительного метода в конституционном праве, связан со сближением конституционных порядков.

§ 4. Конвергенция конституционного права

Одна из признанных целей использования сравнительного метода в праве – решение вопроса о том, может ли быть достигнута унификация в какой-либо области. Вполне в русле функционализма это означает, что какая-то проблема признается общей для различных правопорядков, а правовые институты отдельных стран, решающие эту проблему, сопоставляются, чтобы понять, существует ли для систем «наименьший общий знаменатель», или наиболее распространенный подход, или компромиссное комбинирование норм, или «наилучший» вариант, или генерализованное решение, охватывающее собой

⁶⁰⁷ Матвиенко назвала закон о деятельности СМИ-агентов ответом Западу. РИА Новости. 25 ноября 2019 года // <https://ria.ru/20191125/1561563112.html>.

все имеющиеся модели⁶⁰⁸. Однако в таком виде (унификация) эта цель устанавливается обычно для отраслей частного права.

Применительно к публичному праву речь идет чаще о взаимодействии правовых систем, или их конвергенции. Указание на конвергенцию (собственно, как и в случае с унификацией) уже подразумевает наличие изначальных расхождений между системами⁶⁰⁹; но использование категории «конвергенция» призвано подчеркнуть пределы происходящих в конституционном праве процессов – это сближение в некоторых вопросах, оставляющее место для сохранения специфики отдельных систем.

Соответственно, можно проследить связь между целями использования сравнительного метода, лежащими в области сближения конституционных порядков, и дискуссией о соотношении сходств и различий между этими порядками, обнаруживающих себя как на уровне выявления социальных проблем, так и на уровне правовых решений. С одной стороны, укорененность специфических институтов и особенно несовпадающей практики их применения в разных государствах если и не ставит непреодолимые барьеры на пути сближения конституционного права, то как минимум актуализирует принципиальный для сравнительных исследований поиск соотношения между общими принципами, признаваемыми разными правопорядками, и возможностями различного воплощения ими этих принципов на практике. С другой стороны, происходящие процессы конвергенции не упрощают, а, скорее, затрудняют работу компаративистов, поскольку могут создавать преувеличенное представление о сходствах систем, в действительности не преодолевших существовавших различий⁶¹⁰. Исходя из этого, цели сравнительных исследований, связанные как с анализом уже предпринятых, так

⁶⁰⁸ См.: Siems M. Op.cit. P. 4.

⁶⁰⁹ См.: Dannemann G. Op.cit. P. 386.

⁶¹⁰ См.: Saunders Ch. The Impact of Internationalisation on National Constitutions // Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century / Ed. by A. Chen. Cambridge, 2014.

и предложением новых шагов на пути конвергенции в конституционном праве, сами по себе нуждаются в обосновании.

Уточняя специфику конвергенции и роль сравнительного метода в этом процессе применительно к конституционному праву, некоторые авторы различают вертикальное и горизонтальное измерение конвергенции⁶¹¹.

Вертикальное измерение связывается с вовлечением международного права. Активный рост сотрудничества приходится на период после второй мировой войны. Устав Организации Объединенных Наций закрепил цели и принципы, которым предстояло стать общими для всех государств мира, заложив основы универсального уровня сотрудничества⁶¹². Кроме того, развитие получил и региональный уровень взаимодействия государств, близких по ряду геополитических и правовых характеристик.

Вертикальная конвергенция конституционного права означает разработку договоров в сферах, относящихся к предмету данной отрасли, в том числе посредством обращения к соответствующим национальным институтам, принятия и совершенствования определенных образцов; затем уже государственные системы воспринимают содержание международных норм и начинают работу по их осуществлению.

Наибольший прогресс достигнут в сфере защиты прав человека⁶¹³ (причем речь здесь идет о создании, скорее, минимальных стандартов⁶¹⁴), однако отдельные институциональные вопросы также оказываются

⁶¹¹ Ibid.

⁶¹² См.: Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М., 2005. С. III-V.

⁶¹³ См., напр.: Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г.; Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.; Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г.; Американская конвенция о правах человека 1969 г.; Африканская хартия прав человека и народов 1981 г.

⁶¹⁴ См.: Международное право / Отв.ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М., 1999. Кроме того, успешность вертикальной конвергенции даже в сфере прав человека в значительной степени определяется уровнем сотрудничества. Например, статья 6 Договора о Европейском Союзе рассматривает основные права как общие принципы Союза, обосновывая это не только гарантиями европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, но и «общими для государств-членов конституционными традициями». См.: Consolidated version of the Treaty on European Union // Official Journal C 326, 26/10/2012. Документ доступен на сайте: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>.

урегулированы, в том числе исходя из их связи с защитой прав (гарантии независимой судебной власти, конкурентных выборов, соблюдения национальными правотворческими органами таких элементов принципа правового государства, как ясность, определенность правовых норм, стабильность правового регулирования, обеспечивающая предсказуемость статуса и т.д.).

Обращение к сравнительному методу происходит на этапе не только создания, но и дальнейшего применения международно-правовых норм, т.к. они формулируются, как правило, в достаточно общих категориях и нуждаются в уточнении применительно к конкретным конфликтам. Практике известны случаи, когда международные органы, ответственные за реализацию договоров, для выявления консенсуса (либо отсутствия такового) по пределам действия какого-либо положения обращаются к конституционно-правовому опыту отдельных государств⁶¹⁵.

Обратное действие международного права на внутригосударственное конституционное право, приводящее к сближению норм разных государств происходит по нескольким каналам. Важнейший из них – имплементация международно-правовых норм в национальном законодательстве. Особенно заметен эффект именно конвергенции (а не унификации) на примере актов, допускающих принятие на себя государствами разного объема обязательств. Такая «ассиметричная модель» может быть особенно востребована в областях, мгновенный тотальный прогресс в которых по ряду причин затруднен, но при этом международным сообществом признается, что совершение государствами хотя бы некоторых шагов в заданном направлении уже будет означать несомненный успех, достойный того, чтобы за него бороться.

⁶¹⁵ Так, в практике Европейского Суда по правам человека автономное (то есть независимое от национального права) толкование понятий Конвенции 1950 года сочетается с обращением к законодательству и практике государств-участников Совета Европы по какому-либо спорному вопросу. См., напр.: *Lautsi v. Italy*. App. no. 30814/06. Judgment of 18 March 2011; *Anchugov and Gladgov v. Russia*. App. No. 11157/04, 15162.05. Judgment of 4 July 2013.

Типичный пример механизма, означающего возможность двигаться «на разных скоростях», - это дополнительные протоколы к конвенциям. Например, Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 года закрепил право на жизнь и запрет произвольного лишения жизни (ст. 6), а второй Факультативный протокол к этому Пакту, принятый только в 1989 году, предусматривает полную отмену смертной казни (с возможными оговорками в момент ратификации в отношении применения «смертной казни в военное время после признания вины в совершении наиболее тяжких преступлений военного характера, совершенных в военное время», ст. 2). Соответственно, присоединившись к Пакту, государство самостоятельно определяет, принимать ли на себя дополнительные обязательства, связанные с полной отменой смертной казни, вытекающие из второго Факультативного протокола.

Еще один вариант составления международного документа, предполагающий влияние внушительное, но далекое от унификации, связан с сохранением за государствами возможности самостоятельно определять объем своих обязательств на основе единого акта. Так, в Конвенции ООН против коррупции 2003 года обращают на себя внимание не только частые ссылки на основополагающие принципы правовых систем отдельных государств, их конституционные принципы и т.п., (означающие, что в действительности общие стандарты оказываются как минимум под некоторым вопросом), но и различные формулы, применяемые в отношении обязательств государств: «принимает [меры]» (для признания уголовной наказуемости, например, активного и пассивного подкупа национальных должностных лиц, или активного подкупа иностранных должностных лиц); «рассматривает возможность принятия [мер]» (для признания уголовной наказуемости, например, пассивного подкупа иностранных должностных лиц, или злоупотребления влиянием в корыстных целях, или злоупотребления служебным положением, или подкупа в частном секторе и др.); «может принять [меры]» (для признания в качестве уголовно наказуемого деяния покушения на

совершение перечисленных в Конвенции преступлений). Различия в формулировках (некоторые из которых выглядят как предложения или рекомендации) показывают потенциал гибкости применения Конвенции, но одновременно – ставят под вопрос перспективы реализации общих стандартов в практике различных государств в обозначенной сфере, причем такое положение вещей может быть воспринято не как недостаток документа, а как отражения понимания коррупции как феномена, транснационального по сути и последствиям, но способного к принятию различных форм и масштабов в отдельных странах⁶¹⁶.

Отдельно нужно указать на потенциал аналогичного действия международных норм «мягкого» права (*soft law*), разрабатываемых как на универсальном, так и на региональном уровнях. Например, доклады Венецианской комиссии Совета Европы «За демократию через право» содержат, с одной стороны, впечатляющие сравнительные обзоры, систематизирующие подходы к тем или иным проблемам отдельных государств, а с другой – рекомендации, относящиеся к предпринимаемым в европейских и неевропейских странах конституционно-правовым реформам и служащие проводником конвергенции⁶¹⁷ (но не унификации).

Помимо имплементации международно-правовых норм в законодательстве, существуют и менее очевидные, но не менее значимые пути конвергенции – например, изначальная разработка положений конституции в соответствии с международной практикой⁶¹⁸.

⁶¹⁶ См.: Argandoña A. The United Nations Convention Against Corruption and Its Impact on International Companies. Working Paper No. 656 – October 2006 // http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=960662; Троицкая А.А. Современные международные правовые и этические антикоррупционные стандарты и российское конституционное законодательство // Конституционно-правовые основы антикоррупционных реформ в России и за рубежом / Отв. ред. С.А. Авакьян. М., 2016. С. 462-474.

⁶¹⁷ См.: De Visser M. A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform // American Journal of Comparative Law. Vol.64. 2015. No. 4. P. 963.

⁶¹⁸ Некоторые конституции (третьего и четвертого поколений) изначально разрабатывались таким образом, чтобы соответствовать международным документам о защите прав человека. О российской ситуации см.: Витрук Н.В. Верность Конституции. М., 2008. С. 85. Отдельные государства идут еще дальше. Часть 22 статьи 75 Конституции Аргентины устанавливает, что перечисленные в ней

Особенно следует подчеркнуть, что в основу вертикальной конвергенции конституционного права ложатся не только учредительные и законодательные акты, но и судебные решения, при вынесении которых учитываются международно-правовые обязательства государства. Речь идет как о толковании положений конституций и иных правовых актов в соответствии с нормами международного права, так и о «диалоге» судей национальных и транснациональных судов.

В ряде случаев органы конституционного контроля даже перехватывают у политических ветвей власти инициативу восприятия на внутригосударственном уровне международных норм. Характерный пример – это решение Конституционного Суда РФ, направленное против применения смертной казни⁶¹⁹. Некоторые аргументы Суда (п. 4, 5 мотивировочной части) были основаны на обязательствах, принятых на себя Россией при вступлении в Совет Европы. В соответствии с позицией Суда, хотя Протокол № 6 к европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, отменяющий смертную казнь, был подписан, но не был ратифицирован Российской Федерацией, последняя все же «связана требованием статьи 18 Венской конвенции о праве международных договоров не предпринимать действий, которые лишили бы подписанный ею Протокол № 6 его объекта и цели, до тех пор, пока она официально не выразит свое намерение не быть его участником»; как указал Суд, «тот факт, что Протокол № 6 до сих пор не ратифицирован, в контексте сложившихся правовых реалий не препятствует признанию его существенным элементом правового регулирования права на жизнь». Фактически Суд взял на себя миссию выполнения обязательства не лишать Протокол № 6 его объекта и цели, в то время как Федеральное Собрание РФ так и не предприняло шагов ни по ратификации Протокола, ни по внесению необходимых изменений в уголовное, уголовно-процессуальное и

международные договоры по защите прав человека «имеют юридическую силу, равную конституционным нормам».

⁶¹⁹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 19 ноября 2009 года № 1344-О-Р.

уголовно-исполнительное законодательство. В итоге именно благодаря действиям Конституционного Суда РФ российская конституционная система оказалась сближена с системами, не допускающими применения смертной казни, несмотря на то, что часть 2 статьи 20 Конституции РФ содержит указание на смертную казнь, которая «впредь до ее отмены может устанавливаться федеральным законом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей», и соответствующие федеральные законы по-прежнему «устанавливают» ее.

Примечательно также и то, каким образом рассматриваемое решение Конституционного Суда РФ обнаруживает следы применения сравнительного метода на стадии не формирования общего международного стандарта, а именно на стадии «обратного движения» от общего стандарта к внутренней правовой системе государства. По словам Суда, при решении вопроса о допустимости применения смертной казни после введения на всей территории страны суда присяжных, он исходит не только из действующих в сфере международного права прав человека норм о неприменении смертной казни как вида наказания и международных договоров Российской Федерации, но и «из динамики регулирования соответствующих правоотношений и тенденций в мировом сообществе, частью которого осознает себя Российская Федерация» (п. 4 мотивировочной части). Здесь обнаруживает себя связь вертикального и горизонтального измерений конвергенции (о горизонтальной конвергенции, включающей использование судами иностранного опыта, см. ниже).

Таким образом, пути взаимодействия внутригосударственного и международного порядков показывают, что потенциал конвергенции конституционного права на основе применения сравнительного метода действительно имеется и может быть реализован вполне эффективно. Вместе с тем, нужно указать и на «линии сопротивления», не позволяющие делать

слишком радикальных утверждений относительно степени конвергенции конституционного права, происходящей благодаря международному сотрудничеству.

Одной из таких линий является линия на сохранение государственного суверенитета, подчеркиваемая в зависимости от обстоятельств с разной степенью интенсивности⁶²⁰. Суверенные государства по-прежнему являются основными субъектами взаимодействия, и доктрины субсидиарности международных инструментов защиты прав человека и рамок усмотрения (*margin of appreciation*) государств, стремящихся к сохранению своего суверенитета, призваны сдерживать активизм международных органов.

По словам одного из исследователей, опутывание национальных конституционных систем сетью наднациональных правовых порядков разного уровня привело к изменению интеллектуальной повестки дня для многих специалистов в области сравнительного конституционного права – развитию конкурирующих дескриптивных и нормативных концепций «правового плюрализма» (идея сложной, интерактивной, но не иерархической системы отношений национального и транснационального порядков) и «глобального конституционализма» (тезис о нормативном верховенстве транснационального порядка) вместо более традиционной формальной дихотомии монистического и дуалистического подходов к пониманию взаимодействия внутригосударственного и международного права⁶²¹. Здесь можно усматривать продолжение дискуссии о значении государственного суверенитета в контексте существования разноуровневых правовых систем и пределах международных обязательств государств, но по сути это корпус новых теорий, на конкурентной

⁶²⁰ См., напр.: Зорькин В.Д. Предел уступчивости // Российская газета. 29 октября 2010 года. № 246; Пояснительная записка к проекту Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации публичной власти» // <https://sozd.duma.gov.ru/bill/885214-7> (положение о том, что «В целях защиты государственного суверенитета законопроектом предлагается установить, что решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в истолковании, приводящем к их расхождению с Конституцией Российской Федерации, не подлежат исполнению в Российской Федерации»).

⁶²¹ См.: Gardbaum S. Op.cit.

основе обосновывающих современные формы публичной власти⁶²² и отвечающих на вопрос не только о том, до какой степени национальные правовые системы учитывают международные стандарты глобального уровня, но и о том, становится ли глобальный правовой и политический порядок «более конституционным»⁶²³. Больше того, и на глобальный конституционализм существуют различные взгляды, которые также могут служить объектом сравнения⁶²⁴.

Что же касается различий в конкретных практиках воплощения международных норм в жизнь, существующих в разных государствах, то они остаются вполне заметны. Больше того, соображения о необходимости защитить идентичность, воплощаемую нормами конституции, периодически становятся причинами конфликтов между внутригосударственными и международными органами⁶²⁵. Конституционные ценностные установки, определяемые по итогам действия всех факторов влияния, не всегда находятся в русле позиций, утвержденных на наднациональном уровне. Не случайно в последнее время даже в контексте более тесного сотрудничества, осуществляемого на региональном уровне, набирают обороты процедуры, используемые отдельными государствами для отстаивания своей самобытности⁶²⁶.

Так, в Европе контроль соответствия конституционной идентичности (нем. – *Identitätskontrolle*, англ. – *identity review*) осуществляется Федеральным конституционным судом Германии, Конституционным судом Венгрии и Конституционным трибуналом Польши в качестве составляющей процедуры

⁶²² См.: Медушевский А.Н. Глобальный конституционализм как правовая теория и идеология переустройства мирового порядка // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 1.

⁶²³ Handbook on Global Constitutionalism / Ed. by A. F. Lang, A. Wiener. Cambridge, 2017. P. 2.

⁶²⁴ См., напр.: Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives / ed. by T. Suami, M. Kumm, A. Peters, D. Vanoverbeke. Cambridge, 2018.

⁶²⁵ См.: Sauders Ch. Op. cit.; Васильева Т.А. Суд ЕС и конституционные суды государств-членов Европейского Союза в поисках конституционной идентичности // Труды Института государства и права РАН. 2019. № 2. С. 32-58.

⁶²⁶ О проблеме соотношения международно-правовых обязательств и конституционной идентичности см.: Интернационализация конституционного права: современные тенденции / под ред. Н.В. Варламовой, Т.А. Васильевой. М., 2017. С. 49, 106.

проверки неперевышения Евросоюзом полномочий в соответствии со статьей 4(2) Договора о Европейском Союзе (нем. – *Ultra-vires-Kontrolle*, англ. – *ultra vires review*). В Германии знаковым в этом отношении является решение по делу *Solange III* от 15 декабря 2015 года⁶²⁷, активировавшее процедуру контроля идентичности, компетенция на осуществление которой была признана за Федеральным конституционным судом в деле о проверке конституционности Лиссабонского договора от 30 июня 2009 года⁶²⁸. Решение по делу *Solange III* было взято как образец Конституционным судом Венгрии для обоснования применения им процедуры контроля идентичности, помогающей защитить фундаментальные ценности венгерского народа и дополняющей процедуру защиты национального суверенитета⁶²⁹. Что касается Польши, то в литературе отмечается, что после принятия решения от 24 ноября 2010 года о конституционности Лиссабонского договора⁶³⁰, в котором впервые была упомянута «конституционная идентичность» (*tożsamość konstytucyjna*), данный концепт используется в большей степени как инструмент противопоставления польской и общеевропейской правовых систем⁶³¹.

Именно использование сравнительного метода показывает, что присутствующие даже в западном мире различия в ценностных установках конституций разных государств явным образом препятствуют движению в сторону некоего универсального конституционного права; картина еще заметнее фрагментируется, если принять во внимание государства,

⁶²⁷ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015. 2 BvR 2735/14 // http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514.html.

⁶²⁸ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009. 2 BvE 2/08 // http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208.html.

⁶²⁹ Constitutional Court of Hungary, Decision of 30 November 2016 22/2016 (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E)(2) of the Fundamental Law.

⁶³⁰ The Constitutional Tribunal of Poland. Judgment of 24 November 2010. Case No. K 32/09. URL: http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_32_09_EN.pdf.

⁶³¹ Подробнее об этом см.: *Sledzinska-Simon A., Ziolkowski M.* Constitutional Identity of Poland: Is the Emperor Putting on the Old Clothes of Sovereignty? (July 5, 2017). Доступно на <https://ssrn.com/abstract=2997407>.

конституционные ориентиры которых принципиальным образом отличаются от западных (мусульманские, социалистические и другие страны)⁶³².

Взаимодействие между государствами «по горизонтали» также приводит к миграции конституционно-правовых идей, норм и практик на основе, включающей применение сравнительного метода. Здесь можно обратить внимание на трансформацию цели от отдельных прагматичных заимствований к более глобальным изменениям конституционного права в русле сближения. Речь может идти о горизонтальном «межсудейском диалоге», приводящем к использованию в судебных решениях опыта зарубежных судов, деятельности транснациональных некоммерческих организаций, отстаивающих определенные линии развития в отдельных сферах, формировании запросов на изменения национального права со стороны практикующих юристов, заинтересованных в снижении издержек на установление контактов между разными системами; эволюции правовых норм как результате научного обмена и т.д.⁶³³ У соответствующих процессов может быть вполне прагматичная подоплека. Так, Дэвид Ло обосновывает постепенное сближение конституционных положений глобальной конкуренцией государств в борьбе за привлечение инвестиций и человеческих ресурсов: потребность в инвестициях обуславливает принятие норм, защищающих собственность и – до определенной степени – политическую стабильность в государстве, а стремление к притоку квалифицированных кадров способствует повышению уровня защиты широкого спектра прав и свобод, поскольку предполагается, что

⁶³² См.: Троицкая А., Храмова Т. Основы основ: экспрессивный и функциональный потенциал конституционных устремлений // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1. С. 63; *Tezcür G.* Constitutionalism, Judiciary, and Democracy in Islamic Societies // *Polity*. 2007. No. 4; Шонталь Б. Метаморфозы буддийского конституционализма в Южной и Юго-Восточной Азии // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 4; Backer L.C. The Party as Polity, The Communist Party, and the Chinese Constitutional State: A Theory of State-Party Constitutionalism // *Journal of Chinese and Comparative Law*. 2009. No. 1; Gutto Sh. Constitutionalism, Elections, and Democracy in Africa. African Union, 2003; Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New *Ius Commune* / Ed. by A. von Bogdandy, E.F. Mac-Gregor, M.M. Antoniazzi, F. Piovesan, and X. Soley. Oxford, 2017.

⁶³³ См.: Tushnet M. The Inevitable Globalization of Constitutional Law // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 49. 2009. No.4. P. 989-991.

образованные люди предпочитают именно такие условия⁶³⁴. Во всех случаях речь идет о сравнении различных систем конституционного права, причем не только в дескриптивном, но и в прескриптивном ключе.

У горизонтального измерения конвергенции конституционно-правовых положений также имеются пределы. Прежде всего, оно не подразумевает немедленных и непосредственных изменений собственно конституционного порядка. Ученые, практикующие юристы или общественные объединения могут создавать своего рода «поле напряжения» для властных структур, но не менять право напрямую. Суды сами являются властными органами, но для них зарубежный опыт представляет собой не юридически обязательный источник права, а аргумент, имеющий силу убеждения; такой аргумент может быть применен, только если он согласуется с национальным конституционным правом. Конечно, «ползущее» изменение толкования конституционных норм здесь возможно, но итоговые темпы обеспечиваемой таким образом конвергенции переоценивать не стоит. Кроме того, движение в сторону «наилучших» норм и практик, которые могли бы использовать все государства, существенно осложняется проблематичностью определения того, что считать наилучшим. Например, в свете теории Д.Ло можно сказать, что допустимость изъятия частной собственности для общих нужд предусматривается многими конституциями. Конечно, законный порядок производимого изъятия, оговорка о специальной цели, возмещение и судебная защита прав в случае конфликта представляют собой гарантии против чрезмерного ограничения права собственности. Но конституции содержат, как правило, только отсылку на закон; не детализируют, что именно понимается под «общими нуждами»; характеризуют возмещение в самом общем виде (как «соответствующее», «адекватное», «справедливое», реже – «полное»)⁶³⁵. Дело даже не в том, что в

⁶³⁴ См.: Law D.S. Globalization and the Future of Constitutional Rights // Northwestern University Law Review. Vol. 102. 2008. No. 3. P. 1321-1322.

⁶³⁵ См.: Андреева Г.Н. Институт собственности в конституциях зарубежных стран и Конституции Российской Федерации. М., 2009. С. 325-338.

таких условиях уровень защиты прав собственника в действительности не будет одинаковым для всех государств; дело в том, что за счет снижения уровня защиты одних ценностей могут быть обеспечены другие, не менее важные, и какую комбинацию считать лучшей – решить затруднительно⁶³⁶.

По сумме всех приведенных соображений конвергенция конституционного права может считаться целью применения сравнения в этой области в очень ограниченном смысле. По описаниям механизмов ее возникновения можно проследить, что она рассматривается, скорее, как результат, возникающий в процессе стремления к иным целям – созданию минимального общего стандарта защиты прав, поиску путей разрешения возникающих конфликтов, оптимизации взаимодействия между государствами и т.д. Как уже отмечалось, универсализация – это вообще очень спорная идея с точки зрения сравнительного правоведения. Если именно разнообразие существующих моделей конституционного права является источником решений и развития, то универсализация вызывает серьезные возражения.

Но и за рамками этого принципиального соображения сближение конституционно-правовых институтов сталкивается с затруднениями. Эффекты, которые производят ценностные установки в конституционном праве, а также зависимость реализации конституционно-правовых норм от целого ряда условий жизни данного общества, приводят к тому, что сближение происходит в действительности в лучшем случае на «среднем» уровне абстрагирования, на уровне установления принципов конституционного строя (например, разделения властей или децентрализации власти), характеристик государства (в качестве правового, демократического и т.д.) или отдельных его органов (выборность, периодическая сменяемость), основ правового положения личности (принципы статуса или права, формулируемые обычно достаточно широко), но не на уровне содержательного наполнения этих идей и реализации

⁶³⁶ См.: Tushnet M. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. P. 998-999.

их на практике⁶³⁷. Рассуждая теоретически, можно сказать, что варианты конституционно-правового регулирования отдельных групп отношений не выглядят бесконечно разнообразными (например, публичная власть может быть основана на принципе разделения властей, либо монополизации власти; территориальное устройство базируется либо на федеративных, либо на унитаристских началах; основных видов избирательных систем всего два; и т.д.). Но базовые принципы детализируются различным образом в соответствии с задачами, стоящими перед конкретными государствами, и практика добавляет разнообразия. В итоге обоснованными выглядят предостережения против чрезмерного упрощения как при оценке уже имеющейся конвергенции конституционного права (за формулами, схожими по видимости, могут сохраняться весьма существенные различия⁶³⁸), так и при формулировании целей конвергенции на будущее (применительно к праву речь идет не только «о нормах и кодифицированных системах норм, но и о многообразии голосов и ценностей и, соответственно, обсуждений различия и разнообразия на многих уровнях и постоянно»⁶³⁹). В целом по доктринальным источникам можно заметить, что вопросы унификации в значительной степени связаны с ценностным выбором, а не неким заранее заданным ходом вещей: «правовые системы – и прежде всего на уровне научного правового сознания и культуры – должны сохранять ту степень самобытности, которая обеспечивает реальность многоаспектного конституционного суверенитета»⁶⁴⁰.

Это возвращает нас к иным целям сравнительного конституционно-правового исследования, в том числе теоретическим и классификационным. Несмотря на некоторые достижения в области сближения конституционных

⁶³⁷ «Абстрактные принципы реализуются в разнообразных нормативных конструкциях, эффективность каждой из которых зависит от целого ряда социокультурных факторов». См.: Варламова Н.В. Сравнительное правоведение: методологические основания и пределы исследования // Методология сравнительно-правовых исследований / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М., 2013. С. 33.

⁶³⁸ См.: Saunders Ch. The Impact of Internationalisation on National Constitutions.

⁶³⁹ Menski W. Beyond Europe // Comparative Law / Ed. by E. Örüçü, D. Nelken. Hart Publishing, 2007. P. 195.

⁶⁴⁰ Крусс В.И. Конституционализация права: основы теории. М., 2016. С. 164.

порядков, вопросы о сходстве и различиях для компаративистов не становятся проще, если они стремятся не ограничиваться поверхностным уровнем «буквы» конституции. Кроме того, происходящие процессы конвергенции вносят серьезные коррективы в такой уже ставший привычным инструмент сравнения (и выбора сравниваемых объектов по сходству или по контрасту) как правовые семьи. С точки зрения конституционного права и отдельных его институтов возникает все больше пересечений и смешанных форм, актуализирующих задачи построения типологий и обоснования «географии» сравнения в каждом конкретном исследовании.

Подводя итог, заметим, что приведенный перечень целей нельзя считать единственно возможным способом их изложения, но суммарно он передает ключевые смыслы использования сравнительного метода в конституционном праве. Это позволяет оценить, какие результаты в принципе могут быть достигнуты с помощью сравнительного метода: задачи, которые ставит перед собой исследователь, конечно, диктуют выбор им методов, но поскольку верно также и то, что выбор методов влияет на спектр получаемых результатов, важно представлять себе, что именно находится в сфере достижимого, когда речь идет о сравнениях в конституционном праве. В частности, в науке конституционного права отчетливо проявляются результаты корректировки общетеоретических представлений о целях применения сравнительного метода в юриспруденции, поскольку многие из этих представлений в действительности формировались «в тени» частного права; различия, которые существуют между конституционным правом как отраслью публичного права и частным правом, накладывают свой отпечаток и на процессы познания иностранных конституционных порядков и сквозь их призму – также и отечественного, заимствования иностранных конституционно-правовых институтов, построения

теоретических моделей, обосновывающих допустимость экстраполяции, сближения (но не универсализации) конституционных систем.

Выше потенциальные цели использования сравнительного метода были рассмотрены относительно изолированно. Тем не менее это не значит, что они находятся в изоляции друг от друга в действительности. Массив достижений сравнительного конституционного права показывает, скорее, обратное. На основе информации, полученной в отношении различных конституционных систем, могут быть построены и проверены теории, объясняющие функционирование отдельных институтов; вовлечение аксиологического аспекта позволяет строить теории прескриптивного характера и достигать прикладных целей, связанных с заимствованием конституционно-правовых идей, норм и практик; задачи, сопряженные с конвергенцией конституционного права, не могут быть осуществлены без предварительных сравнительных исследований, направленных на систематизацию и оценку существующих норм, и т.д.

Допустимое пересечение целей, однако, не снимает, а, наоборот, выдвигает на первый план необходимость отчетливой их постановки для конкретного исследования. Методология сравнительных исследований не предполагает, что каждое из них должно быть направлено на все возможные цели использования сравнительного метода; равным образом нет задачи выстраивать иерархию целей по значению и устанавливать, что достижение некоторых из них является более осмысленным, чем достижение других. Речь идет о концентрации внимания на взаимосвязях между выбираемыми целями и базовыми подходами к использованию сравнительного метода с одной стороны, и между выбранной целью и средствами ее достижения – с другой.

Проведенный анализ призван показать не только то, какие цели могут быть достигнуты в конституционном праве с помощью сравнительного метода, но также и то, что их достижение находится в зависимости от подключения догматического, функционального или культурологического подходов.

Принципиальный момент заключается в том, что специфика конституционного права как отрасли права дает своего рода «излучение» на соответствующую область научного знания, влияя на процедуры применения отдельных научных методов, в том числе сравнительного. Из изложенного можно увидеть, что какую бы цель мы ни обсуждали, встает вопрос об отношении к значению «текста» конституционного права, его «действия» и «контекста» его текста и действия, а равно о возможностях научного описания, объяснения, оценки и трансформации всех этих трех составляющих исследуемой среды. В сравнительном исследовании конституционного права, его теоретических результатах и практических приложениях должно быть учтено динамичное развитие конституционно-правовых институтов, сочетающих в себе элементы функционализма и выражения в формальных нормах идентичности различных политических сообществ (их ценностей, исторического опыта, текущих условий жизни, устремлений на будущее). В многообразии конституционно-правовых явлений, исследуемых не поверхностно, а с вниманием к контексту их возникновения и существования, скрыт потенциал развития науки конституционного права. Такое представление укладывается в русло постмодернистской парадигмы научного знания, но возлагает на исследователя дополнительное бремя обоснования постановки задачи и методологии исследования.

Определение цели исследования – лишь начальный его этап. Однако он в значительной степени влияет на дальнейшие стадии применения сравнительного метода. Обозначение цели предопределяет контуры конституционно-правового исследования с использованием сравнения как приема познания.

Глава 4. Конфигурация сравнительных исследований в науке конституционного права

В литературе методологической направленности регулярно подчеркивается, что именно цель определяет пути исследования, проводимого с использованием сравнительного метода⁶⁴¹. Как мы видели, целеполагание в конституционном праве коррелирует также с избранным в качестве основного подходом к сравнению – догматическим, функциональным, или культурологическим (или же их сочетанием). По этим причинам затруднительно было бы говорить о единых жестких рамках применения сравнительного метода. Его использование, напротив, предполагает варианты.

В науке конституционного права сравнительный метод, как любой инструмент познания, подразумевает ряд обусловленных спецификой соответствующей отрасли требований, соблюдение которых позволит говорить о реализации его эвристического потенциала. При обращении к сравнению нужно следить за тем, чтобы избегать своего рода ментальных «ловушек», в изобилии расставленных на пути тех, кто стремится использовать зарубежных конституционно-правовой опыт. По словам одного из авторов, при обращении к сравнительному методу «есть некоторые вещи, которые нужно делать, и которые делать не нужно» (*some 'do's and 'do not's*), и на них нужно обращать внимание в любом случае⁶⁴².

Это означает, что при определении порядка использования сравнительного метода нужно представлять себе связь «схем интеллигибельности», целей и отдельных упорядоченных методологических составляющих сравнительного конституционно-правового исследования. Далее

⁶⁴¹ См., напр.: Adams M., Heirbaut D. Prolegomena to the Method and Culture of Comparative Law // The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoecke / Ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, 2015. P. 6-7.

⁶⁴² См.: Pieters D. Functions of Comparative Law and Practical Methodology of Comparing // <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Functions%20of%20comparative%20law%20and%20practical%20methodology%20of%20comparing.pdf>

стадии использования сравнительного метода будут представлены с учетом этой связи.

§ 1. Постановка вопроса

Сравнение как общенаучный прием познания способствует накоплению и развитию системы знаний в любой научной области. Как справедливо подчеркнуто в литературе, в науке конституционного права общенаучные приемы ориентируются на специфику ее предмета и особенности изучаемых вопросов⁶⁴³. Соответственно, многие требования, связанные с постановкой вопроса для сравнительного исследования, являются общими для различных направлений исследований, но в данном разделе, наряду с такими достаточно универсальными требованиями мы выделим также правила, связанные с особенностями целей применения сравнительного метода в конституционном праве.

Как было показано выше, к целям сравнительного исследования в конституционном праве относят обычно расширение спектра данных о различных конституционно-правовых институтах (включая лучшее понимание отечественного конституционного права и подлинных масштабов «ложной необходимости» отдельных его институтов), совершенствование типологий, построение теоретических моделей (дескриптивных, нормативных и каузальных, причем в последнем случае речь идет о выходе за рамки строго функциональных объяснений специфики конституционно-правовых норм и практик), прагматичное заимствование в целях совершенствования национального конституционного порядка (включая решение вопроса о его пределах) и в некоторых пределах - конвергенцию конституционного права. Для проведения исследования с использованием сравнительного метода цель (одна или несколько из числа обозначенных) должна быть объективирована в вопросе, на который будет дан ответ с помощью сравнения. Как справедливо

⁶⁴³ См.: Богданова Н.А. Система науки конституционного права. М., 2001. С. 39.

подчеркивают некоторые авторы, сравнение само по себе является не целью, а средством; объекты сравнивают для того, чтобы ответить на вопрос, сформулированный прежде сравнения (хотя это соображение не исключает того, что в процессе сравнения могут возникать новые вопросы)⁶⁴⁴.

Соответственно, характеризуя эту стадию сравнительного конституционно-правового исследования, мы не имеем в виду, что вопрос исследования должен быть приспособлен специально под сравнительный метод; речь идет о том, скорее, что сравнительный метод должен оказаться полезным и необходимым средством поиска ответа на поставленный применительно к конкретным объектам науки конституционного права вопрос (а не сравнением «ради сравнения»). Иными словами, следует контролировать, есть ли соответствие между поставленными задачами и методами их решения. Сравнение как мыслительная операция всегда предполагает обращение, как минимум, к двум объектам изучения. Поскольку сама идея сравнения состоит в получении знания, которое не может быть получено при изучении только одного объекта, вопрос для исследования подразумевает, что именно сравнение будет способствовать его прояснению: «в вопрос исследования должна быть встроена, прямо или опосредованно, причина, по которой сравнительный подход имеет фундаментальное значение для обеспечения удовлетворительного ответа на этот вопрос»⁶⁴⁵. Если вопрос сформулирован таким образом, что ответ на него может быть дан без выхода за рамки уже существующих конституционно-правовых теорий или эмпирического материала, касающегося отрасли конституционного права одного государства, то смысл привлечения сравнительного метода перестает быть очевидным.

К соответствующей идее нужен не формальный подход. Само по себе указание (в названии или во введении работы) на предстоящее обращение к опыту ряда конкретных государств еще не показывает необходимости такого

⁶⁴⁴ См.: *Izorche M.-L. Propositions methodologiques pour la comparaison // Revue international de droit compare. Vol. 53. 2001. № 2. P. 292.*

⁶⁴⁵ Samuel G. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford, Portland, 2014. P. 26.*

обращения для решения поставленного вопроса. Речь должна идти о том, что именно выявление сходств и различий конституционно-правовых институтов в указанных странах будет способствовать решению вопроса по существу.

В то же время нельзя забывать, что сравнительный метод – не единственный метод познания в науке конституционного права; многие конституционно-правовые исследования ориентированы на применение сравнительного метода не в качестве основного, а в качестве дополнительного; в них поставлена общая цель, предполагающая выполнение более частных задач, только некоторые из которых требуют сопоставления конституционно-правового материала разных стран⁶⁴⁶.

Поэтому представление о соответствии между вопросом конституционно-правового исследования и сравнительным методом должно сопровождаться пониманием роли этого метода для конкретного изыскания и особенно – различием приведения иностранного опыта в качестве иллюстративного материала и полноценного использования сравнительного метода как ключевого пути получения эвристически значимого результата исследования. Покажем это на конкретных примерах.

Если, скажем, речь идет о концептуальной критике принципа соразмерности с позиций фундаментальных подходов к природе прав, институциональных оценок соотношения законодательной и судебной власти или «технических» соображений, касающихся круга вовлекаемых в анализ ценностей, то соответствующая критика может быть представлена и без полноценного использования сравнительного метода как такового. Отдельные примеры из опыта органов конституционного контроля по разрешению дел, связанных с ограничением прав, способны иллюстрировать идеи автора,

⁶⁴⁶ Так, в одной из диссертаций с отчетливой сравнительной тематикой в методологическом разделе сравнительный метод не был специально упомянут, но был уточнен ряд других методов (диалектический, логический, исторический системный, функциональный и др.), релевантных для поставленных в работе задач. См.: Остапович И.Ю. Конституционно-контрольное нормотворчество специализированных органов конституционного контроля Российской Федерации, Республики Беларусь и Республики Казахстан (сравнительно-правовое исследование). Дисс. ... доктора юридических наук. Екатеринбург, 2017. С. 16.

демонстрировать реальность преимуществ и рисков различных принципиальных подходов, о которых он говорит, но с учетом базовой постановки вопроса сравнительный метод с очевидностью не даст решающего вклада в исследование⁶⁴⁷.

Напротив, если вопрос, поставленный в исследовании, касается степени общности взвешивания как метода принятия решения и теста на пропорциональность в контексте проблематики ограничения прав человека, то решение его действительно предполагает сравнительный анализ причин возникновения, исторических условий развития и особенностей применения двух методик на практике⁶⁴⁸.

Обозначенное соображение является ключевым, когда речь идет об использовании сравнительного метода, безотносительно конкретных подходов к сравнению. Однако к этому нужно добавить, что вопросы, заданные в догматическом, функциональном или культурологическом ключе понимания конституционно-правового института, с очевидностью будут различаться. Существуют ли в конкретных конституционных порядках, кроме формальных, также и содержательные требования к принятию конституционных поправок? Какое сочетание требований к поправкам дает вклад в защиту конституционного порядка от злоупотреблений со стороны текущего правящего большинства? По какой причине, с каким обоснованием и с каким результатом органы конституционного контроля принимают на себя полномочие содержательной проверки поправок к конституции? Даже в самом первом приближении вопросы будут поставлены различным образом в

⁶⁴⁷ См., напр.: Möller K. Proportionality: Challenging the Critics // *International Journal of Comparative Law*. Vol. 10. 2012. No. 3. P. 709-731. Примечательно, что автор данной работы специально уточнил, что основной риск, сопряженный с критикой принципа соразмерности, связан с тем, что критика смешивает конкретную теорию некоторого автора или подход определенного суда, или даже отдельное решение какого-то суда – с *самим принципом соразмерности*. Это показывает, что автор нацелен на дедуктивный путь движения мысли, вдобавок мало ориентированный на полноценное сравнение отдельных способов применения принципа соразмерности.

⁶⁴⁸ См.: Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2011. № 3. С. 59-81.

зависимости от акцента на конституционно-правовые нормы, их функциональное предназначение или социальную среду их действия.

Кроме того, постановка вопроса связана с ориентиром на описание, объяснение или оценку какого-либо конституционно-правового феномена⁶⁴⁹; практические и/или теоретические итоги работы. Для исследователя не должно быть ни ловушек, ни неожиданностей в том, к какому результату он может прийти с определенной постановкой задачи. Вопросы о том, какие пределы изменения конституции предусмотрены текстами различных основных законов, и какие пределы нужны в конкретном государстве в определенных условиях и каким образом они могут быть созданы с учетом иностранного опыта – это с очевидностью несовпадающие вопросы.

В науке существуют стандартные ориентиры для вопросов исследования, которые применимы и для компаративистики. В методологической литературе указывается, что вопрос, во-первых, не должен быть слишком неопределенным, потому что такой вопрос не ставит точных рамок для исследования⁶⁵⁰. В конституционном праве, оперирующем подчас весьма широкими категориями, относительно легко упустить конкретику. Удовлетворительно ли урегулирован избирательный процесс в Российской Федерации в сравнении с другими странами? Избирательный процесс – категория достаточно широкая, но проблема здесь заключается, скорее, в критериях оценки. Удовлетворительно с какой точки зрения? Простоты, результативности при формировании органов власти, или отражения всей полноты политических предпочтений граждан, или сохранения условий политической конкуренции? Соответствующие акценты должны быть учтены при постановке задачи. Кроме того, в условиях сравнения требование определенности подразумевает необходимость ставить вопрос таким образом, чтобы он оказался релевантным для всех вовлекаемых в

⁶⁴⁹ См.: Hage J. Comparative Law as Method and the Method of Comparative Law // The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoecke / Ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, 2015. P. 44.

⁶⁵⁰ Quivy R., van Campenhoudt L. Manuel de recherches en sciences sociales. Dunod, 2011. P. 28.

сравнение конституционных порядков. Если задача ставится применительно избирательным отношениям, возникающим на уровне субъекта федерации, сравнение должно быть нацелено на практику государств, имеющих соответствующий уровень выборов⁶⁵¹.

Во-вторых, задача, которая определяется вопросом, должна быть реалистичной для исследователя с учетом тех ресурсов, которые он может выделить на ее решение⁶⁵². Во всех отраслях права изучение норм недостаточно без практики их применения, но в конституционном праве (по сравнению с иными отраслями права) пути выработки соответствующей практики могут быть менее очевидными для внешнего наблюдателя в силу привязки к трудноуловимым идеологическим и т.п. факторам. Должен ли состав органов судебной власти отражать существование в обществе различных социальных групп, выделенных по таким признакам, как раса (этническая принадлежность), гендер, возраст? Ответ на такой вопрос потребует, среди прочего, выяснить не только обоснование правил, по которым органы судебной власти различных уровней формируются на практике, но и степень гипотетического влияния, которое оказывает на выносимые решения принадлежность судей к той или иной группе. И хотя в принципе можно себе представить конкретные шаги для решения этих задач (включающие не только анализ законодательства и судебной практики, но и интервьюирование самих судей по этому вопросу), серьезный ответ на подобный вопрос потребует, скорее всего, коллективных усилий и заметных материальных ресурсов. Требование реалистичности важно именно для сравнительных исследований, поскольку поиск зарубежных правовых решений и корректная их оценка с учетом условий их существования во всех случаях требует большого труда. В то же время вопрос для научного исследования не может быть и слишком простым, то есть таким, ответ на

⁶⁵¹ Яркий пример тщательно выстроенного в том числе и с методологической точки зрения сравнительного исследования см.: Румянцев А.Г. Саксония - Москва: отношения между властью и внесистемной оппозицией в свете региональных выборов // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 1.

⁶⁵² См.: Quivy R., van Campenhoudt L. Op. cit. P. 29-30.

который не требует анализа и заключается в простом указании легко обнаруживаемого факта.

В-третьих, озвучивается правило относительно уместности вопроса в научном исследовании⁶⁵³. Вопрос должен быть задан с расчетом на существующий в обществе уровень знаний. Кроме того, для конституционного права важно, чтобы способ постановки вопроса не провоцировал подмену научного ответа высказыванием собственной точки зрения по какой-либо моральной или политической проблеме. Многие проблемы конституционного права являются этически и политически «чувствительными», и конечно, исследователь вправе иметь собственную мировоззренческую позицию по любому поводу. Ее вовлечение в исследование было бы проблематично полностью изолировать; тем не менее, это является дополнительной причиной формулировать вопросы аккуратно. В одной из книг приводится следующий пример (проблематичного) вопроса: являются ли законы, регулирующие аборты (в ряде перечисленных стран), справедливыми с моральной точки зрения? Проблема здесь связана с тем, что основой исследования становится не структура соответствующего законодательства, не его последствия и т.д., - вместо этого здесь ожидается лишь оценка в соответствии с представлениями исследователя⁶⁵⁴. Для компаративистики важно также отдавать себе отчет в проблематичности вопросов, предполагающих восприятие одной системы строго сквозь призму правовых представлений и институтов, существующих в другой. Такая постановка вопроса затрудняет «схватывание» правовых феноменов в том виде, в каком они существуют в действительности.

В методологической литературе справедливо подчеркивается, что существует такая вариация или дополнение вопроса исследования, как формулировка научной гипотезы⁶⁵⁵. Представляется, что гипотезы как обоснованные предположения относительно каких-либо сторон, проявлений

⁶⁵³ См.: Ibid. P. 30-35.

⁶⁵⁴ См.: Samuel G. Op. cit. P. 32.

⁶⁵⁵ См.: Hage J. Op. cit. P. 49.

изучаемого правового объекта, его будущего развития или его связей с иными, в том числе внеправовыми, объектами, могут быть сформулированы в рамках самых разных целевых установок исследователя; однако для сравнительного исследования важно, чтобы применение именно сравнительного метода позволяло проверить истинность представленной гипотезы или выбрать самую вероятную гипотезу из нескольких. Как выше уже отмечалось, для сравнительного конституционного права в последнее время сформирован запрос на исследования, предполагающие объяснение общих и специфических черт наблюдаемых объектов в категориях причинно-следственных связей, то есть формирование и проверку с помощью сравнительного метода гипотез такого рода.

Любой исследователь знаком с ситуацией, когда первоначально поставленный вопрос видоизменялся (уточнялся, или усложнялся) в процессе работы. По мере вникания в новые данные первоначальный научный интерес может трансформироваться и углубляться, это следует признать нормальным процессом. Однако важно, чтобы применительно к каждому исследованию было ясно, какой именно вопрос является его движущей силой. Кроме того, эта движущая сила должна быть сохранена до конца исследования в том смысле, что итоговый ответ должен соответствовать заданному вопросу. Выдвинутые гипотезы могут быть подтверждены или опровергнуты, в расчет могут быть приняты самые разные обстоятельства, значение которых не было очевидно изначально, на вопрос может быть получен парадоксальный ответ, в том числе аннулирующий сам вопрос, но фокус исследования не должен быть потерян к его завершению.

Суммарно, формулировка вопроса призвана определить рамки исследования. Вопрос фокусирует работу на определенной научной проблеме, требующей решения. Само выражение «вопрос исследования» не должно быть понято буквально. Вопрос может быть задан прямо или подразумеваться на уровне постановки задачи. Но так или иначе, соответствующая стадия требует

внимания исследователя; в противном случае он рискует отправиться в бесцельное путешествие по закоулкам зарубежных конституционно-правовых норм и практики.

Вопрос исследования в значительной степени определяет, какие именно данные должны быть собраны, под каким углом зрения изучены, и в рамках какого дизайна исследования будут представлены результаты.

§ 2. Выбор объектов сравнения

Один из ключевых этапов сравнительного конституционно-правового исследования – это выбор объектов сравнения во взаимосвязи с целями, видами правового сравнения и особенно – базовыми подходами к правилам его проведения.

То, на чем сосредоточено внимание исследователя, в значительной степени предопределяет его итоговые выводы. В конституционном праве весьма затруднительно представлять срез по всем конституционным системам, а в ситуации небольшого количества случаев исследователь всегда сталкивается с рисками субъективизма и (не всегда осознаваемого) подбора объектов таким образом, чтобы показать выгодные стороны исследования, если не подгоняя, то во всяком случае подбирая данные под нужный теоретический или практический результат. И даже когда речь идет о сравнении, то есть очевидном выходе за рамки одной системы, этот риск не становится нулевым. Из всего многообразия существующих систем всегда происходит отбор; этот отбор никогда не был особенно объективным в науке конституционного права по сумме всех соображений, связанных с мировоззренческими предпочтениями, устойчивой традицией циркулирования и воспроизведения информации по небольшому набору стран в основном западного мира, ограничениями в виде знания иностранных языков и т.п. Соответствующая

проблема была обозначена в литературе как «ориентированный на результат избирательный подход» (*result-driven “cherry-picking”*)⁶⁵⁶.

Из этих соображений становится видно, что свести риски предвзятого отбора конституционно-правовых объектов для сравнения к нулю, по-видимому, невозможно. Можно сказать, они «вшиты» в соответствующий метод. Это, однако, не значит, что ими следует пренебрегать. Если метод исследования подвергается небезосновательной критике, это не является поводом отказаться от него, - только поводом задуматься о корректном его применении. В связи с этим далее представим ряд соображений, касающихся выбора объектов в рамках сравнительного исследования в науке конституционного права⁶⁵⁷.

В первом приближении выбор объектов находится в зависимости от первоначальных целей и задач (вопросов) исследователя, предопределяющих его внимание к уровню сравнения, связям между правовыми системами, временному измерению и т.д.⁶⁵⁸ Однако для конституционно-правовых исследований такое общее указание нужно уточнить и скорректировать, следуя особенностям предмета отрасли и науки.

В науке конституционного права речь идет чаще всего о микро- (отдельные нормы) и мезо- (правовые институты) сравнениях, причем синхронных, в некоторых случаях дополняемых диахронным измерением. И хотя интрагосударственное сравнение (норм и институтов, существующих в разных территориальных частях одного и того же государства) более чем осмыслено с точки зрения поиска объектов, различающихся по сравниваемой переменной, но при этом схожих, благодаря нахождению в составе одного

⁶⁵⁶ См.: Hirschl R. Comparative matters. P. 98.

⁶⁵⁷ При подготовке данного раздела были использованы материалы статьи: Троицкая А.А. Объекты сравнения в конституционном праве // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2018. № 3. С. 41-58.

⁶⁵⁸ Впечатляющую типологию сравнений, где помимо приведенных названо еще полтора десятка оснований для их классификации, см.: Дамирли М.А. Некоторые вопросы теории правового сравнения // Техника (технология) юридической деятельности в контексте сравнительного правоведения / Под ред. М.Л. Давыдовой, М.А. Дамирли. Волгоград, 2013. С. 14-18.

государства, по ряду прочих переменных, которые можно принять в качестве констант⁶⁵⁹, в целом сравнительный анализ в конституционном праве, как правило, ассоциируется с исследованием конституционных порядков различных государств, как в рамках одной правовой семьи, так и с выходом за эти рамки.

Один из первых вопросов, который должен возникать при всяком внешнем сравнении конституционно-правовых объектов – это *выбор стран* для исследования. Уже на этом этапе можно обнаружить некоторые проблемы. Р.Хиршль, автор, наиболее критично подходящий к проблеме выбора объектов для сравнительных конституционно-правовых исследований, отмечает не только практику концентрации на «удобных» для исследователя объектах, но и тот факт, что отбор вдобавок производится, как правило, из малого числа привычных «кандидатов» для сравнения, относящихся в большинстве своем к «глобальному северу» (что ставит под серьезное сомнение правомерность генерализации теорий, полученных на основе нерепрезентативного материала, а равно и сам факт полноценного сравнения)⁶⁶⁰. Некоторые другие авторы также подчеркивают проблематичность акцента сравнительного конституционного права в основном на странах устойчивой демократии Западной Европы и Северной Америки, маргинализирующего конституционно-правовой опыт других стран⁶⁶¹ и не учитывающих актуальную для других регионов конституционно-правовую повестку дня⁶⁶².

В действительности, следует понять, каким образом исследователи отбирают интересующие их страны и каков в конституционном праве потенциал расширения географии исследований.

⁶⁵⁹ См.: Lijphart A. Comparative Politics and the Comparative Method // The American Political Science Review. Vol. 65. 1971. No.3. P. 689.

⁶⁶⁰ См.: Hirschl R. Comparative matters. P. 207-223.

⁶⁶¹ См.: Сондерс Ч. На пути к глобальному конституционному генофонду // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 6. С. 99-100.

⁶⁶² См.: Choudhry S. Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law // Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation? / Ed. by S. Choudhry. Oxford University Press, 2008. P. 8-9.

Существенный момент заключается в том, что для отраслей публичного права не так принципиальна привязка к правовой семье. По словам К.В. Арановского, в области государственного права компаративистике достаются более дробные объекты - не национальные правовые системы, но отдельные институты государственного права⁶⁶³. Действительно, для конституционного права принципиальное значение имеет не столько факт принадлежности государства к той или иной правовой семье, сколько наличие или отсутствие писаной кодифицированной конституции, конституционного суда, определенной модели разделения властей и т.д.⁶⁶⁴, то есть конкретного конституционно-правового института. Соответственно, иногда цель исследователя, объективированная в поставленном им вопросе, предопределяет ответ на вопрос о «географии» его работы. Так, если речь идет о способах конституционно-правового воплощения в жизнь принципов федерализма, то естественным будет обращение к источникам государств, закрепивших соответствующие основы конституционного строя. Отметим, что именно в этой точке часто обнаруживает себя концентрация на самых стандартных кандидатах для сравнения (например, в случае с федерализмом, на США или ФРГ), хотя в действительности на этом этапе отбора стран, строго говоря, необходимости такой концентрации не возникает.

Конечно, исследование редко производится «с нуля», то есть редко начинается с обзора широкого круга государств и более детального знакомства с ключевыми для исследования конституционно-правовыми характеристиками, позволяющего постепенно определить, какие именно государства в итоге войдут в сравнение – на практике принципиальное значение имеют «предзнания», которые есть у исследователя еще до выполнения сравнения. Однако есть некоторая разница между «предзнанием» о конституционном

⁶⁶³ См.: Арановский К.В. Конституционное право в сравнительном правоведении // Сравнительное правоведение: наука, методология, учебная дисциплина. Красноярск, 2008. С. 159.

⁶⁶⁴ См.: Pieters D. Functions of Comparative Law and Practical Methodology of Comparing // <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Functions%20of%20comparative%20law%20and%20practical%20methodology%20of%20comparing.pdf>

праве очень ограниченного круга стран и структурными подходами, которые требуют ориентира на базовые типологии, уже созданные в науке и позволяющие определить, в каких именно государствах связи между элементами исследуемой системы строятся по правилам, интересующим исследователя. Как представляется, при ориентире на существующие типологии определенное внимание должно быть уделено тому, чтобы представить себе более полный перечень стран, для которых актуальна исследуемая конституционно-правовая проблема; без этого целый ряд стран и даже регионов с их правовыми решениями, вероятно, заслуживающими рассмотрения, объяснения и оценки, так и будут оставаться в лучшем случае «на периферии» исследований.

Другое дело, что конфигурация сравнительного конституционно-правового исследования иногда предполагает малое количество объектов, вовлекаемых в сравнение; в этом случае возникает вопрос, каким образом происходит окончательный их отбор, поскольку существующие типологии, хотя и упрощают, тем не менее не определяют выбор на сто процентов⁶⁶⁵, по крайней мере по двум соображениям.

Во-первых, они не слишком сужают поле выбора, если речь идет о достаточно распространенном в мире конституционно-правовом институте и при этом причины ограничиться каким-то одним регионом отсутствуют. Тех же и федераций в мире существует без малого три десятка. Хотя здесь и открываются перспективы для «расширения географии» сравнительных исследований в конституционном праве, это не означает, что исследователь должен заниматься всеми странами, вошедшими в подходящую в первом приближении группу.

Во-вторых, само исследование может делать вклад в корректирование конституционно-правовых типологий именно путем обращения к уточненному кругу объектов. Так, существующие в мире федерации существенно

⁶⁶⁵ Ibid.

отличаются друг от друга по происхождению, ценностным ориентирам и моделям распределения компетенции. В зависимости от того, какие задачи ставят перед собой создатели федеративного строя (*distributive / identity-related purposes*), они закрепляют разные «наборы» взаимосвязанных договоренностей: «Схожие фразы или положения в сфере федерализма могут иметь различные исторические значения для конкретных государств, будучи по-разному связаны с политическими компромиссами, обычно лежащими в основе создания федеративного союза»⁶⁶⁶. Такое положение вещей означает, что в зависимости от поставленной научной задачи при сравнении следует учитывать специфику конкретных федеративных государств. Если исследователь стремится к проверке теорий, связанных со способностью федерализма выступать способом решения «национального вопроса», то интерес для него будут представлять, в первую очередь, федерации, отражающие национальный (или национально-лингвистический) признак; что касается федераций, построенных исключительно по территориальному признаку, то прежде чем включать их в сравнение, следует, как минимум, понять, как «национальный вопрос» выглядел в них и имел ли он значение для построения этих федераций⁶⁶⁷. Или, скажем, если речь идет о совершенствовании модели распределения компетенции между разными уровнями власти, должно быть учтено, какая базовая модель (дуалистическая или кооперативная) реализована в странах, предлагаемых для сравнения. Потому легко представить себе, что некоторые федерации не подходят для сравнительного исследования, даже если в нем поставлены принципиально федеративные вопросы. А с другой стороны, некоторые формально унитарные, но по существу децентрализованные государства по ряду параметров, напротив, могут оказаться вполне сопоставимы с федеративными. Например, если в фокусе исследования

⁶⁶⁶ См.: *Jackson V. C. Narratives of Federalism: of Continuities and Comparative Constitutional Experience // Duke Law Journal. 2001. Vol. 51. No. 1. P. 273–274.*

⁶⁶⁷ Такой подход см., напр.: *Kumlicka W. Federalism, Nationalism, and Multiculturalism // Theories of Federalism / Ed. by D. Karmis, W. Norman. New York, 2005. P. 269-292.*

находится не особенности участия территориальных единиц в принятии общегосударственных решений (*shared rule*, признак, характерный именно для федерализма), а степень и гарантии самостоятельности этих единиц (*self-rule*, признак, воспринятый также и в некоторых конструкциях единства⁶⁶⁸), речь вполне может идти о сопоставлении федерации и унитарных (региональных) государств⁶⁶⁹.

Таким образом, можно проследить более тесную связь между конкретным вопросом конституционно-правового исследования и объектами сравнения. Однако и эта картина нуждается в уточнении. Описанные примеры касаются стратегии сравнения «по сходству». Между тем, как активно подчеркивается в литературе, эта стратегия не является единственно возможной; альтернативой ей выступает сравнение «на различиях».

Значение сравнения по сходству или на различиях для последующих этапов применения сравнительного метода (особенно стадии объяснения результатов и конструирования каузальных теорий) будет показано ниже, здесь же отметим, что в науке справедливо ставится вопрос *о связи между выбором стратегии (логики сходства или различия) и целями исследования*. Такую связь не стоит абсолютизировать, но определенная зависимость все же есть.

Основное значение имеет соотношение теоретических и практикоориентированных устремлений исследователя. Если исследователь сосредоточен на прагматичных целях и стремится к совершенствованию собственной системы (причем именно в позитивном, а не негативном ключе, то есть стремится к обоснованию заимствования, а не отказу от такового), то вполне оправданно обращение к близким, в том числе по уровню развития

⁶⁶⁸ См.: *Elazar D. J. Exploring federalism*. Alabama, 1987. P. 12, 33.

⁶⁶⁹ Пример такой работы см.: *Пинель Х.* Разграничение полномочий: испанский опыт и российские проблемы // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 3. С. 138–150. Особенно обращает на себя внимание, что авторы некоторых сборников по сравнительному конституционному праву размещают материалы по таким государствам как Франция, Испания, или ЮАР в разделе о федерализме и вертикальному разделению властей. См.: *Dorsen N., Rosenfeld M., Sajo A., Baer S.* Comparative constitutionalism: Cases and materials. West Publishing company, 2003. P. 429-439, 453-458, 485-487.

конкретных институтов и контексту их функционирования, конституционным порядкам.

Но если задача заключается в том, чтобы понять специфику различных моделей конституционно-правового регулирования той или иной группы общественных отношений, то это с не меньшим успехом может быть сделано и «на контрасте»⁶⁷⁰. Акцент на различиях иногда рассматривается даже как предпочтительный, поскольку сходства не дают особенной пищи для анализа⁶⁷¹. Во всяком случае, перспективы получения надежного знания о реальном разнообразии конституционно-правовых институтов уже не предполагают специальных ограничений по кругу изучаемых стран.

Один из авторов, следуя уже упоминавшейся метафоре Г.Франкенберга, уподобляющей сравнительное исследование увлекательному путешествию⁶⁷², подчеркивает, что прикладные задачи исследования означают путешествие «туда и обратно» («*round-trip*»), то есть возвращение в свою систему, и для успеха предприятия в целом «необходимо выбирать правовые системы как можно более близкие к правовой традиции отечественного правового контекста»; решение других задач вполне может сочетаться с изучением опыта самых разных систем, в том числе радикально отличающихся от собственной по ключевым параметрам, в рамках путешествия «в одну сторону» («*one-way ticket*»)⁶⁷³.

Соответствующая идея имеет большое значение для сравнительных конституционно-правовых исследований различной направленности. Так, находясь, безусловно, перед лицом практической задачи и отвечая отрицательно на очень конкретный вопрос о допустимости принятия

⁶⁷⁰ См.: *van Hoescke M.* Op. cit. P. 27.

⁶⁷¹ См.: *Dannemann G.* Comparative Law: Study of Similarities or Differences // *The Oxford Handbook of Comparative Law.* P. 409.

⁶⁷² См.: *Frankenberg G.* Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law // *Harvard International Law Journal.* Vol. 26. 1985. No. 2. P. 411.

⁶⁷³ *Baraggia A.* Challenges in Comparative Constitutional Law Studies: Between Globalization and Constitutional Tradition // *Law and Method.* 2017. P. 12.

федерального закона, исполнение которого возлагается на органы власти субъекта, судья Верховного суда США (А. Скалиа), готовивший решение большинства, подчеркнул нерелевантность опыта других федеративных государств, допускающих такую практику⁶⁷⁴. По ряду причин этот судья в принципе был противником того, чтобы американский суд принимал решения по американским проблемам, опираясь на иностранный опыт; однако действительно выглядит сомнительной попытка, предпринятая в особых мнениях к этому же решению⁶⁷⁵, перенести конструкцию из кооперативной модели федерализма, например, ФРГ (вдобавок имеющей специфику в виде дополнения разграничения компетенции по вертикали горизонтальным измерением) в дуалистическую, при том что разновидность модели имеет ключевое значение для рассматриваемого вопроса. В то же время в рамках исследования, которое было бы направлено на максимально полную теоретическую концептуализацию моделей разграничения компетенции, существующих в мире, следовало бы представить специфику обеих моделей - и дуалистической, и кооперативной.

Взаимосвязь между целью работы и выбором объектов обнаруживает себя и в рамках исследований, связанных с проблемами конвергенции конституционно-правовых институтов. Анализ с позиций общего стандарта предполагает акцент на сходство систем, а в случае отстаивания государством своих возможностей отличающегося воплощения в жизнь определенных норм сравнение будет происходить по контрасту; но в обоих случаях речь идет о понятном выборе для сравнения стран определенного региона, дополняемом (благодаря вертикальному измерению) наднациональными объектами сравнения, относящимися к соответствующему региону, такими как нормы договоров, инструменты *soft law*, решения наднациональных судов и т.д.

⁶⁷⁴ *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/898/>

⁶⁷⁵ См.: *Ibid*, Justice Breyer, Justice Stevens, dissenting.

Помимо проблемы выбора стран для исследования, необходимо рассмотреть, какие именно источники требуют изучения в рамках различных типов правопонимания и подходов к сравнению в конституционном праве. Неочевидным образом, ответ на этот вопрос может повлиять и на решение вопроса о «географии» исследований.

Поскольку речь идет о сравнении права, вопрос о выборе объектов для сравнения достаточно быстро упирается в необходимость ответа на вопрос: *что есть право и каким образом может быть обеспечена его сравнимость*⁶⁷⁶. Как указывает один из авторов в постмодернистском ключе, сравнимость правовых феноменов – это не проблема сама по себе; разные подходы ученых к тому, что есть правовые феномены, – вот что представляет собой методологическую проблему⁶⁷⁷. Вопрос не теряет своей актуальности, тем более, что широко известные расхождения между юридической и социологической школами⁶⁷⁸ (и течениями внутри них) в полной мере перешли в сферу конституционной компаративистики. Кроме того, последняя еще добавила вопросов, возникающих в связи с концентрацией не просто на изучении конституционного права (одной страны), но на сравнении двух и более конституционных порядков, при том что по крайней мере какая-то часть вовлекаемых порядков не является «родной» и, следовательно, интуитивно понятной для исследователя.

С формально-юридических позиций восприятие модели конституционного права как норм (*rule model*) выглядит вполне осмысленным. Суть догматического подхода – в изучении правовых установлений с целью сравнения правовых норм, институтов и используемых ими концепций⁶⁷⁹ (каковые и будут выступать объектами сравнения). Такой подход во всяком

⁶⁷⁶ См.: *Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford, Portland, 2014. P. 121.

⁶⁷⁷ См.: *van Reenen T.P. Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (2): the Comparability of Positive Legal Phenomena // The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. Vol. 28. 1995. No. 3. P. 407.

⁶⁷⁸ См.: *Богданова Н.А. Система науки конституционного права*. М., 2001. С. 40.

⁶⁷⁹ См.: *Pieters D. Op. cit.* P. 12.

случае закладывает фундамент для понимания того, что объекты сравнения должны быть сравнимы, и основанием сравнения могут выступать некоторые характеристики объектов, их свойства – например, внутренняя логика системы правовых установлений, «слаженность» их работы как регулятора. Кроме того, уже здесь открывается путь к пониманию того, что для нахождения релевантной нормы для сравнения может оказаться необходимым изучение самых разных источников отрасли конституционного права. В число таких источников будут входить не только внутригосударственные нормативные правовые акты (конституции, законы, подзаконные акты) и источники международного права, но и судебные прецеденты, конституционные обычаи, доктрины, религиозные тексты, партийные документы в зависимости от того, к какой правовой семье принадлежит соответствующее государство⁶⁸⁰.

Ориентированность на «модель норм» приписывают обычно и функционалистам⁶⁸¹. Конечно, при функциональном анализе в круг объектов включаются уже не только нормы, но и определенная социальная ситуация (проблема), которая требует регулирования. Отсюда функциональный подход выглядит как более надежный в плане преодоления механистичности сравнения. Во всяком случае, сравнение через функциональный потенциал логически требует системного анализа конституционно-правовых установлений, взятых не по отдельности, а в комплексе. Так, при оценке возможности субъектов федерации в Германии и России участвовать в изменении общегосударственной конституции не вполне корректно было бы сравнивать статью 136 Конституции РФ, предусматривающую помимо

⁶⁸⁰ При кажущейся очевидности, правило, требующее учета всей полноты релевантных источников, соблюдается далеко не всегда. Например, в диссертации, посвященной сравнительному анализу положения женщин в России и Ираке, в качестве нормативной базы были названы «Конституция Российской Федерации, федеральные законы, нормативные акты субъектов Федерации, решения федеральных судов, документы международного права, а также Конституция Республики Ирак и государственные законы Республики Ирак», и это несмотря на то, что Конституция Ирака 2005 года устанавливает, что ислам – это основной источник законодательства (ст.2). См.: Кадем Азхар Сабер. Сравнительная характеристика реализации прав женщин в Российской Федерации и Ираке: конституционно-правовой анализ. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2014.

⁶⁸¹ См.: Samuel G. Op. cit. P. 122-123 .

квалифицированного большинства в Федеральном Собрании также требование согласия законодательных органов двух третей субъектов, только со статьей 79 Основного закона ФРГ, в которой говорится о согласии на конституционную поправку двух третей Бундестага и Бундесрата, но без стадии одобрения землями. В действительности, здесь также нужно учитывать положения статьи 51 Основного закона, устанавливающую порядок формирования Бундесрата (из представителей правительств земель), возможность отзыва и замещения его членов. Строго говоря, с учетом (парламентарного) порядка формирования правительств земель и (императивного) мандата членов Бундесрата принципиальное сходство между рассматриваемыми механизмами обеспечения участия субъектов в изменении конституции будет гораздо большим, чем это может показаться на первый взгляд.

Однако, в целом, следует признать, что исходя из методологических посылок функционалистов, не так просто реконструировать, как именно они определяют область права и что именно относят к объектам исследования⁶⁸². Уже основатели функционализма заложили понимание того, что «при исследовании иностранного права необходимо избегать ограничений. Это касается, в частности, и проблемы оценки источников права. Компаративист должен относиться к ним, как юрист той страны, к праву которой он обратился. Изучать в том же объеме и в тех же границах, что и иностранный юрист, статутное и обычное право, судебную практику и правовую науку <...> - вот исключительно важное условие использования сравнительного метода»⁶⁸³. Эта справедливая мысль все же оставляет вопросы. Идет ли речь только об источниках отрасли? И, следовательно, концентрации именно на нормах права? Или имеется в виду также и более широкий круг источников науки? Не только указание на судебную практику не дает однозначного ответа на вопрос, имели ли функционалисты в виду только нормы (поскольку решения судов могут

⁶⁸² См.: Husa J. Farewell to Functionalism. P. 429.

⁶⁸³ Цвайгерт К, Кетц Х. Указ. соч. С. 39-40.

рассматриваться или не рассматриваться в качестве актов, содержащих нормы права, в зависимости от типа правовой семьи), но даже упоминание правовой науки не вносит ясности – авторы классического труда об основах правовых систем современности настаивают, что доктрина является источником права для стран не только общего, но и романо-германского права, поскольку хотя и не содержит правовых норм, но влияет на их создание и применение⁶⁸⁴.

Таким образом, становится заметно некоторое «методологическое напряжение» между тем, что отправной точкой для функционального сравнения обычно служит некоторая норма собственной правовой системы (и ее функциональный эквивалент из числа наблюдаемых норм в иной системе) и тем, что настоящее понимание норм права (даже своих, но особенно иностранных) требует выхода за рамки собственно самих норм; тем, что функционализм стремится редуцировать сложную картину связей правовых и внеправовых явлений до одной функции, и тем, что как социальная проблема, стоящая за аналитически выделенной функцией, так и ее правовое решение в действительности является порождением особой среды, сочетающей действие самых разных факторов.

Для конституционного права эти точки напряжения становятся особенно чувствительными. Когда речь идет о нормах конституций, некоторые их свойства, прежде всего, их общий характер, стабильность и связанный с этим потенциал различного содержательного наполнения при формальной неизменности, со всей остротой показывают масштабы и одновременно – неочевидность функционального эффекта отдельных положений. Как уже отмечалось, дополнение грамматического и систематического толкования историческим и телеологическим приводит к тому, что в ряде случаев комбинации этих способов предполагают выход за рамки собственно текста конституционной нормы. Речь идет не просто об оценке социальных эффектов той или иной (условно скажем – уже существующей) нормы; речь идет о том,

⁶⁸⁴ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 2009. С. 121.

что понимание самой нормы конструируется с учетом ее взаимодействия со средой, описываемого двусторонними причинно-следственными связями. Оценка законодательства и конституционной интерпретации, создаваемой субъектами политической власти и судами, также требует учета более сложного контекста⁶⁸⁵. При этом интерпретация может меняться с течением времени, иногда заметно отрываясь от текста нормативных положений и отражая нелинейность развития конституционного права, испытывающего воздействие различных факторов и определенным образом реагирующего на них.

Так, в одном из исследований степени централизации при выстраивании уровней власти в США и Канаде подчеркивалось, что в обеих странах федерализм ушел от изначального понимания распределения власти, выраженного в конституциях: «в Канаде Конституция 1867 г. явно отражала намерение установить доминирование центральной власти, но судебный комитет Тайного совета (который был высшей судебной инстанцией [для Канады] вплоть до 1949 г., когда эту позицию получил Верховный суд Канады) интерпретировал полномочия провинций щедро, а федеральные — ограничительно, отдавая провинциям гораздо большую долю в балансе властей, чем это было предусмотрено. Соединенные Штаты двигались в противоположном направлении; здесь конституционный замысел заключался в установлении прав штатов, но результатом стало сильное центральное правительство»⁶⁸⁶. В обоих случаях для понимания распределения компетенции было бы поверхностно, чтобы не сказать некорректно, рассматривать только конституционные нормы и даже отдельные судебные решения; здесь необходимо проследить направление развития судебной практики, складывавшейся на протяжении достаточно длительного времени; понимание же, почему практика шла именно по такому пути (в обоих случаях —

⁶⁸⁵ *Claes M.* Constitutional Law // Elgar Encyclopedia of Comparative Law / Ed. by Smits J.M. Cheltenham, 2006. P. 189.

⁶⁸⁶ *Field M.* The differing federalism of Canada and the United States // Law and contemporary problems. Vol. 55. 1992.

существенно, едва ли не на 180 градусов, меня изначально предполагавшийся смысл конституционных норм) и вовсе потребует дополнительных соображений относительно особенностей взаимодействия между центром и субъектами, а также между центральной законодательной и судебной властями в каждом из государств, при том, что эти особенности лежат не только в правовой, но и политической плоскости⁶⁸⁷.

Именно неотчетливость позиции функционалистов относительно того, каков будет их фокус при определении круга объектов сравнительного исследования, привела к прозвучавшим в их адрес, возможно, не вполне справедливым, упрекам в чрезмерном формализме. Так, Г. Франкенберг пишет о том, что «функционалистское понимание права как регуляторной техники или как сочетания техник для решения социальных проблем может быть подвергнуто критике как легицентричное. Для функционалистов нет ничего за рамками правовых текстов и институтов. Право как сознание (*consciousness*) или концентрация убеждений находится за рамками перспективы, которая сфокусирована на инструментальной эффективности правовых установлений. Функционализм не видит и не чувствует того, что не формализовано и не урегулировано в данном правовом режиме. То, что начиналось как впечатляющий гипотетический эксперимент, превратилось скорее в сухое подтверждение правового формализма»⁶⁸⁸.

Это не совсем так. В действительности, функционалисты цитируют (и сам Г. Франкенберг процитировал тоже) указание Э. Рабеля, включившее настолько внушительный перечень культурологических аспектов, что даже самым убежденным холистам было бы не так легко его дополнить⁶⁸⁹. Более того,

⁶⁸⁷ См.: Ibid. P. 113, 116, 119-120.

⁶⁸⁸ См.: Frankenberg G. Critical Comparisons. P. 438.

⁶⁸⁹ «Материалом для размышлений о проблемах права должно служить право всей земли, прошлое и настоящее, связь права с почвой, климатом и расой, с историческими судьбами народов – война, революция, основание государства, порабощение, - с религиозными и этническими представлениями; тщеславием и творческой силой отдельных личностей; потребностью в производстве и потреблении товаров; интересами слоев, партий, классов. Воздействуют духовные течения всех видов – поскольку не одни феодализм, либерализм, социализм производят каждый другое право – и последовательность

функционалистами была отмечена такая тонкая вещь, как периодически проявляющаяся себя проблематичность отыскания «правовых эквивалентов» решения социальных проблем в разных системах. Равным образом ими озвучивалась идея о том, что если в праве не обнаруживаются следы интересующего исследователя конфликта, это не означает с необходимостью, что конфликта нет и никогда не было; возможно, он существовал, но уже получил решение, или он продолжает существовать, но по масштабам своим не рассматривается как значимый, или, и это существенный момент, он решается неправовыми средствами: «следует упомянуть о случае, когда урегулированная конституцией одной страны социальная проблема остается неурегулированной юридически в другой, так как там найдено неправовое ее решение. Разумеется, этот факт должен быть изучен и включен в сравнительный материал. Без учета этого неправового решения вывод о том, что иностранное право не регулирует соответствующую проблему, был бы неверен и давал бы искаженную картину»⁶⁹⁰.

Проблема, влекущая за собой критику, по-видимому, связана с тем, что хотя функционализм и делает заявку на то, чтобы не ограничиваться изолированными нормами и даже судебной практикой их воплощения (и больше – даже строго правовыми феноменами), он все-таки не уделяет особенно много внимания вопросу о том, каким именно образом может быть обеспечено «внутреннее понимание» жизни общества, порождающей те или иные социальные проблемы, и особенностей права различных систем. Указание на необходимость поддержания компаративистами в рабочем состоянии своего знания других стран и культур⁶⁹¹ не дает достаточного представления о том, на каких сторонах права и особенно - причинно-следственных связей между правом и иными явлениями следует сосредоточиться. В этом смысле

избранных путей развития права, и не в последнюю очередь, поиск государственного и правового идеала. Все это взаимно обуславливается в социальном, экономическом, правовом виде». См.: Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения. Екатеринбург, 2000. С. 17.

⁶⁹⁰ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ.соч. С. 42.

⁶⁹¹ Там же. С. 40.

функциональный подход – это претензия на объективность, но без самой объективности. Для изучения конституционного права как отрасли публичного права негативные последствия такой редукции слишком серьезны, чтобы ими пренебрегать.

Некоторые коррективы в понимание тонкости правовых явлений были внесены концепцией «правовых формантов». Основная ее особенность – не только представление о том, что для сравнения невозможно определить «единичную норму» (*single rule*) (в действительности правовые феномены могут быть поняты только в рамках анализа системы формантов, которые вдобавок могут вовсе не представлять собой непротиворечивой системы⁶⁹²), но и выделение в числе формантов как объективированных источников (нормативных актов, судебных решений, правовой доктрины), так и других, интеллектуальных и эмоциональных, форм (взглядов, правосознания, менталитета), которые влияют на то, как нормы создаются и интерпретируются⁶⁹³. Вопрос здесь не в том, чтобы уйти от поиска норм права; вопрос, скорее, в том, в чем именно норма права может быть обнаружена.

По этой причине концепция правовых формантов оценивается иногда одновременно и как дополнение функционализма, и как альтернатива ему⁶⁹⁴. Эта теоретическая основа позволяет формулировать «реалистичную оценку того, что мы сравниваем. Она проливает свет на роль дефиниций, таксономий и действующих норм права. Она показывает, далее, как все эти элементы взаимодействуют друг с другом с помощью имплицитных допущений, и иллюстрирует всеохватывающее влияние этого имплицитного измерения права на то, каким образом эксплицитные положения правовой системы оказываются

⁶⁹² См.: Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I) // The American Journal of Comparative Law. Vol.39. 1991. No. 1. P. 22.

⁶⁹³ См.: Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (II) // The American Journal of Comparative Law. Vol.39. 1991. No. 2. P. 384-386.

⁶⁹⁴ См.: Graziadei M. The Functionalist Heritage // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / Ed. by P. Legrand, M. Roderick. Cambridge, 2003. P. 125.

имплементированы, модифицированы или сведены на нет обычными людьми, так же как и юристами»⁶⁹⁵.

Можно говорить о потенциальной пользе такого подхода в науке конституционного права, поскольку этот подход близок некоторым культурологическим представлениям об объектах сравнительного изучения. Так, П. Легран неоднократно озвучивал позицию, в рамках которой именно «образ мыслей сообщества» (*mentalité*) о том, что есть право, и надо сравнивать, поскольку именно он дает представление об особенностях права⁶⁹⁶. Похожим образом У. Эвальд акцентирует необходимость учитывать «идеи», стоящие за системой позитивного права: по его словам, при изучении иностранной правовой системы принципиально важно ухватить не внешние ее аспекты – социологическую статистику относительно судей или экономическое функционирование права – а, скорее, то, что можно было бы назвать «когнитивной структурой» правовой системы; необходимо понимать образ мыслей и причины, по которым иностранные юристы действуют определенным образом⁶⁹⁷. Соответствующим образом детализируются и объекты сравнительного исследования: «[с]ледовательно, мы должны стремиться к тому, чтобы поместить писанные нормы в сеть убеждений, идеалов, выбора, желаний, интересов, обоснований, принципов, техник, причин и предположений. Надежда заключается в том, что таким образом мы сможем понять правовую систему изнутри и сможем думать так, как думают иностранцы. Внешние исследования – экономика, социология и все прочее – обеспечивают условия для такого когнитивного исследования и совершенно

⁶⁹⁵ Ibid. P. 126.

⁶⁹⁶ См.: *Legrand P. European Legal Systems are not Converging? // International and Comparative Law Quarterly. 1996. Vol. 45. P. 60; Samuel G. Op. cit. P. 126.*

⁶⁹⁷ См.: *Ewald W. B. Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 143. 1995. P. 1947-1948.*

необходимы для него; но было бы серьезной логической ошибкой думать, что они могут заменить его»⁶⁹⁸.

Все же такой фокус на ментальной активности людей, живущих в другой правовой реальности, как основном объекте изучения, со своей стороны также вызывает вопросы. Некоторое беспокойство связано с тем, будет ли какая-то когнитивная польза от такого погружения в иной образ мыслей не просто при изучении конституционного права зарубежных государств (взятых по отдельности), но именно для задач сравнения. Некоторые авторы, напротив, продвигают идею, что при применении сравнительного метода предпочтительнее хотя и не подходить к чужой системе «со своей меркой», но все же дистанцироваться в степени, достаточной для того, чтобы видеть специфику иностранной системы⁶⁹⁹. Кроме того, с учетом идеологической нагрузки конституционного права сомнительным представляется следование неутонченным для конкретной научной дисциплины общетеоретическим представлениям в этой части и установление презумпции того, что в основе всякого конституционного порядка лежит некоторый единый для всех его представителей образ мыслей, который может быть в точности «схвачен» юристами из других порядков, не говоря уже о том, что проконтролировать уровень достигнутой точности все равно будет проблематично.

Ключевое же возражение связывается с проблематичностью понимания культуры как некоего «монолита», определяемого вдобавок трудноуловимыми категориями ментальности. Помимо проблем с познанием такой системы, здесь начинают проявлять себя (даже если и не озвучиваемые явно) сложности с преувеличением детерминированности конституционно-правовых систем,

⁶⁹⁸ Ibid. P. 1948. Близкую позицию см. также: van Hoescke M., Warrington M. *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Toward a New Model for Comparative Law* // *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47. 1998. No. 3. P. 495: «Подход “право как нормы” должен быть помещен в гораздо более широкий контекст. Более широкое исследование означает, что даже не нормы находятся в центре сравнительного предприятия, а, скорее, правовой дискурс, способы работы юристов с правом и их образ мыслей относительно него».

⁶⁹⁹ См.: Frankenberg G. *Critical Comparisons*; Curran V.G. *Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law*.

определяющей потенциал их действия. Взятые в пределе холистические подходы ставят под сомнение возможности конституционализма как самостоятельного и нормативного проекта. Конституционный порядок предполагает не только же выявление подспудных убеждений, но и установление системы позитивных норм; высокая степень привязки содержания и значения позитивных норм к категориям, связанным с образом мыслей, по сути лишала бы нормы всякого самостоятельного потенциала регулятивного воздействия на поведение людей. Формирование конституционного порядка ориентировано на прескриптивный путь, а не путь простого описания того, что и так уже было или есть, в том числе в менталитете людей; в противном случае всякая деятельность по установлению конституционно-правовых норм была бы не то что бессмысленной, но просто излишней. Право нужно именно потому, что одних только убеждений, желаний, интересов и т.д. для упорядочивания общественной жизни недостаточно; но в таком случае при определении объектов исследования следует балансировать значение всех элементов права. «Криптонормы» Р.Сакко определенно не следует сбрасывать со счетов, но конституционно-правовой анализ должен быть ориентирован не только на них.

Отсюда становится понятно постепенно кристаллизующееся стремление сопротивляться пониманию культуры как монолита, и рассматривать ее, скорее, как «адаптивную и ячеистую многоуровневую структуру»⁷⁰⁰. Здесь открывается путь анализировать функциональный потенциал конституционного права, не теряя «слишком много культуры»⁷⁰¹, но с другой стороны, - учитывая ее влияние, скорее, в аналитическом, а не холистическом ключе.

Тем самым акцент переносится на комплексы причинных связей и понимание конституционного права с учетом не только его собственных «внутренних», или ментально предопределяемых категорий, но и его

⁷⁰⁰ Graziadei M. The Functionalist Heritage. P. 126.

⁷⁰¹ Ibid.

производного и/или инструментального значения, то есть и его появления в конкретных условиях, и действия, которое оно запрограммировано или незапрограммировано оказывает на жизнь общества и отдельных людей⁷⁰².

В отношении конституционного права некоторые авторы справедливо подчеркивают необходимость преодоления существующего в академической среде стремления рассматривать эту область регулирования как автономную профессиональную вселенную с ее собственными правилами и логическими объяснениями; в действительности, именно конституционное право как «самая политизированная отрасль права» нуждается в выстраивании более сложных связей с политическими условиями, интересами, влияющими на стратегический выбор создателей конституций, органов конституционного контроля, других субъектов конституционно-правовых отношений, а равно – в контроле разного рода последствий производимого выбора для социальной среды⁷⁰³.

Такой «контекстно обогащенный» функционализм, или «дополненные функционалом» культурологические подходы исходят из правомерности постановки научных задач по обоим направлениям влияния условий общественной жизни и конституционного права (см. рис. 3).

Так, по словам К. Уайтока, сторонника эмпирических исследований в сравнительном конституционном праве, направленных на объяснение различных феноменов, «эти вопросы принимают две основные формы, одна имеет дело с источниками кросс-национального конституционного разнообразия, другая – с экономическими, политическими и социальными

⁷⁰² Общее обоснование такого подхода см.: Hadfield G.K. The Strategy of Methodology: The Virtues of Being Reductionist for Comparative Law // The University of Toronto Law Journal. Vol. 59. No. 2. P.223–224.

⁷⁰³ См.: Hirschl R. The Rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on Substance and Method // Indian Journal of Constitutional Law. 2008. No. 2. P. 31-32. Указанный автор в полной мере следует собственным рекомендациям. В частности, известны его работы, выполненные в компаративном русле и выходящие, по его собственному выражению, за рамки «судо-центричной догмы». См., напр.: Hirschl R. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press, 2004.

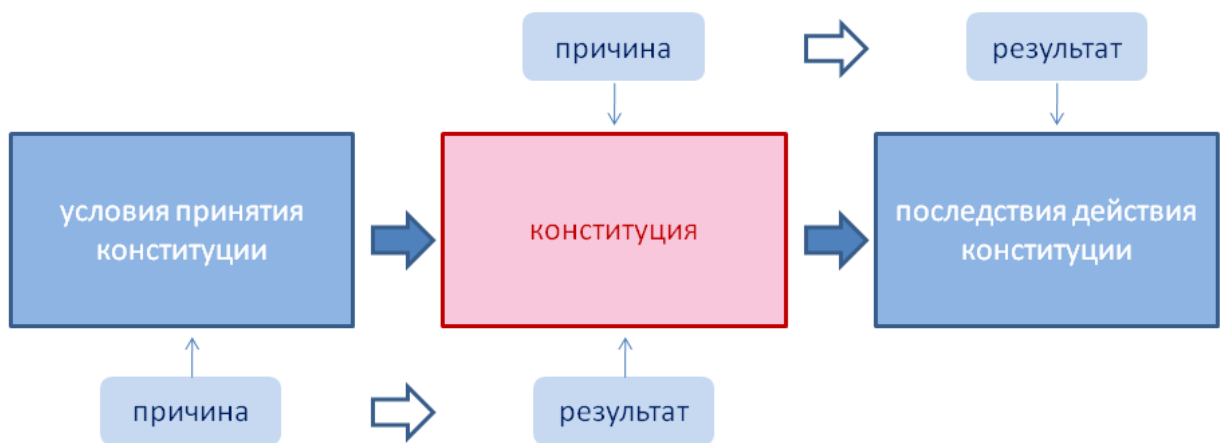


Рис. 3. Причинно-следственные связи в конституционном праве.

последствиями этого разнообразия»⁷⁰⁴. Это означает, что равным образом возможны исследования, рассматривающие конституцию как зависимую переменную, которая должна быть объяснена, и исследования, воспринимающие конституцию как независимую переменную, которая и сама служит объяснением иных феноменов⁷⁰⁵. Уточним, что речь может идти о любых конституционно-правовых нормах, которые не следует сводить только к нормам конституции.

Спектр дополнительно вовлекаемых при таком подходе в сравнительный анализ объектов может быть достаточно широк и включать в себя не только привычные конституционно-правовые объекты (нормы, правоприменительную практику, конституционно-правовые труды и т.д.), но и данные, выступающие предметом исследования ряда смежных наук (социологии и истории права, политической и экономической наук, психологии, антропологии и др.), - о процессах создания в обществе правовых норм, особенностях взаимодействия между различными группами по поводу распределения и функционирования власти, взаимной детерминации социальных структур и правовых явлений,

⁷⁰⁴ См.: Whytock Ch. Taking Causality Seriously in Comparative Constitutional Law: Insights from Comparative Politics and Comparative Constitutional Economy // Loyola of Los Angeles Law Review. Vol. 41. 2008. P. 631-632.

⁷⁰⁵ Ibid. P. 673.

отражении исторического развития государства и права в правовых памятниках, результатах действия права, политических процессах и способах управления ими, политическом поведении и т.д.

Не будем повторять те сомнения, в том числе эпистемологического порядка, которые возникают при использовании в конституционном праве сравнительного метода с вовлечением такого широкого круга объектов (см. параграф 1 главы 2). Заметим только, что компаративисты, ориентирующиеся на такие подходы, сталкиваются с необходимостью их обоснования и разработки правил междисциплинарности.

В частности, существенное значение имеет то обстоятельство, что в исследовании обычно включаются строго определенные переменные, некоторый фиксированный их набор, представляющий собой своего рода аналитический срез правовой культуры. Это позволяет сфокусироваться на интересующих исследователя сторонах конституционно-правового явления, не утопая во всем многообразии контекста, но одновременно требует объяснения взаимосвязи конституционно-правового института и выбранных внеправовых зависимых или независимых переменных.

Кроме того, при сравнении конституционно-правовых институтов ни в каком случае не происходит пренебрежения нормативной составляющей. Какой бы контекст ни был учтен, речь идет о построении моделей функционирования именно правовых институтов, хотя бы и «отзывающихся» определенным образом на условия среды и демонстрирующих разный потенциал обратного воздействия на нее же.

Например, изучение конституционно-правового регулирования территориальной организации власти в ряде формально унитарных, но пошедших по пути широкой децентрализации политической власти (регионализации) государств требует учета политических причин, специфики и одновременно – политических ограничений соответствующего процесса, поскольку без их учета невозможно адекватное восприятие сути,

эффективности и путей дальнейшего развития конституционно-правового института политико-территориального устройства этих государств, а также перспектив заимствования отдельных его элементов иными государствами. Вместе с тем, достижения политической регионалистики могут быть осмыслены и концептуализированы в рамках юридического исследования, что позволяет расширить конституционно-правовые теоретические представления относительно форм территориального устройства, их специфических признаков, моделях воплощения в отдельных зарубежных государствах, соотношении принципов территориального устройства с иными принципами организации публичной власти, а также основами правового положения личности и т.д.⁷⁰⁶

Выбор объектов сравнения для конституционно-правового исследования, проводимого в рамках культурологических подходов, актуализирует целый ряд вопросов, которые не затрагиваются вовсе или пользуются гораздо меньшим вниманием при строго догматическом и функциональном подходах. Например, возникают вопросы относительно хронологического вектора сравнения, то есть о том, источники каких именно периодов будут сравнимы⁷⁰⁷. Кроме того, расширение круга объектов усложняет соблюдение правила релевантного набора источников для сравниваемых государств. Иметь по одному из них полный набор материалов, характеризующих и сами конституционно-правовые институты, и широкий культурный контекст их создания и функционирования, а по другому государству ограничиться одним учебником, или текстом конституции - это не самый надежный путь получения достоверных знаний⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ См., напр.: Орехович А.В. Развитие регионализма в странах Европы: конституционно-правовой аспект. Автореф. дисс. ... к.ю.н. М., 2011; Молчаков Н.Ю. Концепция регионалистского государства и ее реализация в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии. Автореф. дисс. ... к.ю.н. М., 2018; Матвеев О.В. Конституционно-правовые основы территориальной организации испанского государства. Автореф. дисс. ... к.ю.н. М., 2019.

⁷⁰⁷ См.: *Немытина М.В.* Цивилизационно-культурный подход в правоведении // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 4. С. 39-40.

⁷⁰⁸ *Pieters D.* Op. cit. P. 18.

Аналогичным образом встает вопрос о том, что самостоятельно собрать необходимую информацию на стыке различных дисциплин едва ли возможно; но и опора на уже имеющиеся доктринальные источники сопряжена с некоторыми сложностями: авторы этих источников ставили перед собой собственные задачи и собирали, а главное – интерпретировали материал в соответствии с этими задачами, и та часть реальности, которая интересует теперь компаративиста, сфокусированного на конституционном праве, могла быть вовсе не отражена в трудах его предшественников⁷⁰⁹.

Эти проблемы должны быть, как минимум, учтены; но косвенным образом именно они дают вклад в ограничение географии конституционно-правовых исследований, о котором речь шла выше. Независимо от того, насколько исследователь разделяет конструкции холистов или аналитиков, для него будет естественным стремление обращаться к опыту тех зарубежных государств, в конституционном праве и специфике общественных явлений которых он ориентируется лучше. В сочетании с ограниченными лингвистическими и временными ресурсами это и закладывает основу для того, чтобы система обращения к привычному и достаточно узкому кругу конституционных порядков для сравнения, воспроизводила сама себя.

Понимание этой ситуации говорит в пользу необходимости расширения «страновых» исследований за счет регионов, выпадающих из поля зрения западных конституционалистов (страны Ближнего Востока, Азии, Латинской Америки и т.д.). Если такие исследования будут вводить в научный оборот корректную информацию об особенностях становления и развития конституционно-правовых институтов в указанных регионах, это уже позволит

⁷⁰⁹ Ibid. P. 19. Д. Питерс пишет также о том, что в своей среде ученые могут быть готовы к более критичным оценкам собственной правовой системы, но, характеризуя ее же для иностранной аудитории, остаются, как правило, в комплиментарном русле. Представляется, что сам по себе этот феномен должен быть еще проверен и доказан; однако нельзя отрицать, что в случае подтверждения указанная «абerrация сознания» несет риски потери объективности информации в первую очередь именно для компаративистов.

компаративному направлению чувствовать себя увереннее при обращении к соответствующим конституционным порядкам.

В ряде случаев проблему недостатка знаний об объектах, в которых заинтересованы компаративисты, пытаются решить, используя командные формы работы и привлекая для сравнительных конституционно-правовых исследований ученых из разных стран, готовящих материалы по своим государствам и правовым системам под специально сформулированную задачу. Это позволяет существенно расширить географию исследования, удерживая при этом необходимую степень детализации представляемых объектов правовой и внеправовой реальности и в то же время решая задачу не только предварительного сбора информации, но – до некоторой степени – и сравнительной ее обработки. Например, одна из книг, подготовленных таким образом, посвящена проблеме использования конституционными судами иностранных прецедентов⁷¹⁰. Ее введение посвящено постановке задачи и формулированию методологических ориентиров для исследователей из разных стран, что представляется критично важным шагом для получения *сравнимых* результатов. Основная часть представляет собой обзоры соответствующей проблемы для конституционных или, в зависимости от модели конституционного контроля, – верховных судов ряда государств, причем обращает на себя внимание их группировка в зависимости от того, насколько часто эти суды явным образом участвуют в «межсудейском диалоге» (Австралия, Канада, Индия, Ирландия, Израиль, Намибия, Южно-Африканская Республика в числе тех, кто цитирует зарубежных коллег относительно часто, Австрия, Германия, Венгрия, Япония, Мексика, Румыния, Россия, Тайвань, США – в ряду стран с гораздо более сдержанным отношением к такому цитированию), а равно – и расширение географии исследования за счет стран, которые представляют собой разные регионы, не только стандартный «золотой

⁷¹⁰ См.: The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges / Ed. by T. Groppi, M.-C. Ponthoreau. Oxford, Portland, 2013.

север». Заключение книги представляет собой анализ проблемы использования органами конституционного контроля зарубежного опыта в сравнительной перспективе.

Суммируя, можно согласиться с утверждением, что ученые остаются разделены по многим методологическим линиям сравнительного конституционного права⁷¹¹. Но верно также и то, что в сущности именно компаративисты находятся в хорошем положении, – они могут задаваться вопросом, что есть право для разных правовых культур и каким образом может быть достигнута гармония в соотношении установленной предметной области и методологии исследований.

Хотя выбор объектов сравнения диктуется, в первую очередь, задачами, которые ставит себе специалист по сравнительному конституционному праву, и типом правопонимания, к которому он проявляет склонность чаще по мировоззренческим соображениям, существует определенная взаимосвязь между тем, какой подход (догматический, функциональный или контекстуальный) избран для сравнения, тем, на каких объектах сосредоточено внимание исследователя, и тем, какие цели могут быть достигнуты в результате. Таким образом, выбор объектов сравнения, с необходимостью определяемый базовыми подходами к такого рода исследованию, – это не просто вопрос степени детализации изучаемого конституционно-правового материала; это более широкий вопрос эпистемологии. В зависимости от того, будет исследователь сфокусирован на познании конституционного права как обособленного регулятора, или как рационального выбора инструментария для решения социальных задач, или как части культуры общества в целом, связанной с иными частями причинными отношениями, будут различаться его итоговые теоретические и практические построения.

Отсюда становится очевидна степень вовлеченности фигуры исследователя в итоговый результат. Постановка задачи и отбор материала, с

⁷¹¹ См.: Baraggia A. Op.cit.

помощью которого она будет решена, не являются чем-то полностью объективным; исследователь как субъект не просто встроен в процесс познания, но включается в изучаемую систему (объекты), влияя через ценностно-целевые структуры на ее развитие в определенном направлении.

Понимание сути и задач сравнительного исследования в конституционном праве должно быть реалистичным. Даже стремясь к максимально полному объяснению причин появления конституционно-правовых доктрин, институтов и практик и описанию и оценке их подлинных эффектов, невозможно охватить весь контекст существования права, как нельзя построить модель, полностью отражающую действительность. Однако сама суть моделирования говорит о том, что этого и не требуется. Речь идет о (выходящем за рамки поиска фактов) выборе углов зрения, которые нужны для решения определенной научной задачи. Если сравнительный метод – это инструмент познания, то выбор объектов сравнения – часть этого инструмента. Все же, как представляется, нет причин ограничиваться простым указанием на то, что цели конституционно-правового исследования определяют все дальнейшие действия; некоторые контуры эвристически значимых схем, связывающих цели и подходы к сравнению с конкретными действиями компаративистов, вполне могут быть обозначены.

В целом в науке конституционного права может быть воспринята точка зрения, в соответствии с которой считается оправданным при обращении к иностранным нормам для целей их понимания учитывать различные факторы, даже если эти факторы рассматриваются не как часть права в строгом смысле слова, но как часть контекста существования и действия права, серьезным образом влияющая на его конфигурацию⁷¹². Конституционное право существует не в вакууме, а в определенной политической, экономической,

⁷¹² См.: Честнов И.Л. Культурологическое измерение права // Правовые культуры. Жидковские чтения / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М., 2012. С. 6-7; Adams M., Heirbaut D. Prolegomena to the Method and Culture of Comparative Law // The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoecke / Ed. by M.Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, 2015. P. 16.

социальной, в широком смысле - культурной среде, определяется ею и имеет способность влиять на нее. По-видимому, при должном уровне рефлексии относительно смысла и пределов обращения к «смежным» дисциплинам в категориях цели и задач исследования может быть достигнута ситуация, когда преимущества междисциплинарных походов (познание объектов в их целостности, расширение моделей действительности, концептуализация новых связей между явлениями) реализованы без потери юридической природы предмета конкретного исследования и конституционно-правовой науки.

§ 3. Определение критерия сравнения⁷¹³

Тот факт, что сравнительный метод в науке конституционного права представляет собою не самоцель, а инструмент, использование которого направлено на получение новых эвристически значимых результатов, предполагает внимательное отношение не только к выбору объектов сравнения, но также к качествам, определяющим их сравнимость.

По определению метода сравнения, он направлен на выяснение отношения тождества, либо сходства и различия между сравниваемыми объектами. В конституционном праве идея тождества обычно опускается, и выявлению подлежат либо сходства, либо различия конституционно-правовых объектов. При этом парадоксальным образом, идет ли речь об отдельных конституционно-правовых нормах, или их совокупности, складывающейся в конституционно-правовой институт, утверждение о том, что два (или более) объекта похожи или различаются, практически не несет смысловой нагрузки. Здесь обязательно возникает вопрос, в чем именно объекты похожи, а с какой точки зрения они различаются.

Одна из необходимых составляющих проведения адекватного сравнения – это выбор *сравнимых* объектов. Формула о том, что сравниваться могут быть

⁷¹³ При подготовке параграфа использованы материалы статьи: Троицкая А.А. Третий элемент: в поисках основания сравнения в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 7. С. 3-12.

только сравнимые, сопоставимые, соизмеримые объекты, - это общее место в методологической литературе компаративистской направленности⁷¹⁴. Сама по себе эта мысль не вызывает вопросов – вопросы вызывают пути ее практического воплощения. Если мы говорим, что объекты не сравнимы, - означает ли это, что мы их все-таки сопоставили? Что именно означает свойство сравнимости? При отсутствии тождества – где проходит граница между сходством и различием в качественных и количественных характеристиках объектов?

Отвечая на эти вопросы, следует заметить, что именно качество сравнимости требует добавления к двум сравниваемым объектам так называемой третьей составляющей – критерия, или основания сравнения. В данном случае имеется в виду не третий объект для сравнения (о таком варианте, когда добавляется именно третий объект, речь пойдет ниже), а некий параметр, выбранный для сравнения двух объектов.

Как отмечается в методологической литературе, за утверждением о сходстве или различии объектов должна стоять мысль о том, что они имеют или не имеют какой-то характеристики, свойства, действуют схожим/различным образом и т.д.⁷¹⁵ Наличие некоторого свойства, по которому проводится сравнение, предопределяет осмысленность самого сравнения. «Tertium... представляет собой методологический термин более высокого уровня абстракции, который на самом деле конкретно не связан со сравниваемым объектом и используется в качестве общего знаменателя, который делает возможным сравнение. Это относится к общему качеству, которое разделяют две вещи, которые сравниваются. Главное, без этого невозможно дисциплинированное сравнение»⁷¹⁶.

⁷¹⁴ См., напр.: Керимов Д.А. Методология права. С.302; Оксамытный В.В. Юридическая компаративистика. С. 3, 7.

⁷¹⁵ См.: Jansen N. Comparative Law and Comparative Knowledge // The Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford University Press, 2008. P. 310.

⁷¹⁶ Husa J. A New Introduction to Comparative Law. Oxford: Hart, 2015. P. 148.

Часто можно увидеть утверждение, что *tertium* – это качество, разделяемое двумя объектами. Это утверждение требует уточнения для объектов сравнения в конституционном праве. Как уже отмечалось, презумпция сходства для конституционного права релевантна в очень ограниченном количестве случаев. В действительности, третья составляющая сравнения – это своего рода связующее звено между сравниваемыми объектами. Третья составляющая как характеристика должна быть применима к обоим объектам; но она не означает, что оба сравниваемых объекта должны обязательно быть в одинаковом отношении к этой характеристике для того, чтобы быть сравнимыми по ней. Если мы сравниваем какие-либо конституционно-правовые объекты, то можем выбрать характеристику и приписать ей значение «1» при наличии ее у объекта, и значение «0» в случае отсутствия⁷¹⁷. Подобный тип сравнения распространен и обычно не вызывает возражений; аргумента о несопоставимости объектов в данном случае не возникает, потому что критерий создает необходимую общую рамку сравнения, несмотря на то, что соответствующее свойство у одних объектов конституционного права имеется, а у других отсутствует.

Например, одно из исследований по конституционному праву стран Центральной и Восточной Европы представляло собой сводную таблицу полномочий президентов 12 стран региона. Графы в этой таблице были заполнены исходя из положений конституций в случае наличия определенного полномочия, а в случае его отсутствия графа просто оставалась пустой. Например, в таблице было отражено, что президенты Болгарии, Чехии, Венгрии, Латвии и некоторых других государств участвовали в назначении судей конституционных судов, а президенты Албании и Эстонии – нет. Аналогичным образом была указана информация и по ряду других

⁷¹⁷ См.: Weber R. Comparative Philosophy and the Tertium: Comparing What with What, and in What Respect // Journal of Comparative Philosophy. Vol. 13. 2014. No. 2. P. 159.

полномочий⁷¹⁸. По сути, такая таблица показывает, что президенты приведенных стран были неоднократно сравнены, и основанием сравнения президентов в каждом «эпизоде сравнения» выступало конкретное полномочие. По итогам таких микро-сравнений могут быть сделаны более общие выводы не только относительно положения каждого конкретного главы государства в системе разделения властей, но и об общей тенденции конструирования института главы государства в странах Центральной и Восточной Европы по определенным моделям.

Таким образом, поскольку чаще всего в конституционном праве значимые сравнения задействуют объекты, которые по некоторым характеристикам похожи, а по некоторым – нет⁷¹⁹, это означает, что с эпистемологической точки зрения сравнение означает выявление *отношения сходства или отличия*⁷²⁰, и для установления этого отношения и требуется третий элемент, указывающий, что объекты будут иметь черты сходства, если они имеют данное свойство, эффект, и черты различия – если один из них имеет его, а другой нет. Естественно, сравниваться могут не два объекта, а больше; равным образом и критериев сравнения может быть несколько⁷²¹.

Тонкость заключается в том, что даже при наличии общего свойства, объекты могут иметь это свойство в разной степени; не только разные свойства, но и разная степень проявления одного и того же свойства позволяет говорить о различиях⁷²². В некоторых случаях выбранное в качестве *tertium* свойство «разбивается» на несколько более «простых» свойств, которые могут быть рассмотрены по отдельности и не совпасть у объектов. Например, по порядку

⁷¹⁸ См.: Лаки К. Сводная таблица президентских полномочий в странах Восточной Европы // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1993. № 4 / 1994. № 1. С. 97-108.

⁷¹⁹ См.: Sartori G. Comparing and Miscomparing // Journal of Theoretical Politics. 1991. No. 3. P. 246.

⁷²⁰ См.: Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2014. P. 12.

⁷²¹ В литературе правильно обращалось внимание на то, что к требованию наличия связи, определяющей сравнимость, следует относиться внимательно. «Связь может оказаться скрытой для поверхностного наблюдения, или наоборот, «очевидная» связь на самом деле может отсутствовать. Необходимо также учитывать, что связи объектов многочисленны и разнообразны. Поэтому необходимо выбрать связи решающие». См.: Тилле А.А., Швецков Г.В. Сравнительный метод. С. 35.

⁷²² См.: Jansen N. Op. cit. P. 311-312.

изменения подавляющее большинство современных конституций являются похожими в том смысле, что закрепляют жесткий порядок внесения поправок. Тем не менее, степень этой жесткости не одинакова⁷²³. Можно сказать, что свойство жесткости будет варьироваться в зависимости от того, какие составляющие этого свойства будут задействованы – связанные с согласованием воли различных политических сил в парламенте, или созданием специального органа учредительной власти, или прямым обращением к воле народа и т.д.⁷²⁴ Будут ли различные процедуры (например, ограничивающиеся правилом квалифицированного большинства в парламенте, или дополненные требованиями двойного вотума с роспуском или без роспуска парламента в интервале между двумя голосованиями / создания специального учредительного органа / проведения референдума и т.д.) признаны похожими или различающимися – это вопрос оценки исследователя, решающего определенную задачу, и эта оценка будет, по всей видимости, вполне субъективной; однако именно четкое представление о критерии сравнения, лежащем в основе делаемых выводов, и о том, на какие «подкритерии» он разбивается, хотя и допускает субъективность, все же проясняет аналитические пути исследования, делая их понятными для аудитории, и закрывает путь произвольности⁷²⁵.

Один из смыслов, который стоит за введением в сравнение третьего элемента, связан со стремлением к освобождению от «правового империализма», то есть попыток оценивать иностранные конституционно-правовые нормы и институты с позиций собственных, хорошо известных

⁷²³ Так, в одном из учебников прозвучала идея о разделении конституций на «жесткие» и «особо жесткие», при этом тут же было уточнено, что «критерия, который позволил бы определить степень «жесткости», не существует». См.: Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть. М., 2006. С. 108.

⁷²⁴ В философской литературе приводится пример, связанный со сходством по цвету: в действительности, цвет, в свою очередь определяется разными свойствами – оттенком, насыщенностью, блеском. Если мы наблюдаем сходство объектов по одному из этих «простых» свойств, но отличие по другому, - будут ли объекты в итоге похожи «по цвету»? См.: Butchvarov P. Resemblance and Identity: an Examination of the Problem of Universals. London: Indiana University Press, 1966. P. 38.

⁷²⁵ Jansen N. Op. cit. P. 312-313.

автору норм и институтов. Если последние выступают в качестве критерия для сравнения, основательное понимание первых едва ли возможно; равным образом польза самого сравнения оказывается под вопросом. «Рассмотрение концепций, норм, институтов других обществ, по крайней мере на первом этапе, всегда будет происходить на фоне собственной правовой системы и доктринальных рамок. Что компаративисты принципиально хотели бы подчеркнуть с помощью «*tertium comparationis*», так это необходимости знать о подобной предвзятости и пытаться выйти за собственные концептуальные рамки»⁷²⁶. Отсюда становится понятным стремление подчеркнуть, что сравнение двух (или более) объектов должно избегать перекоса анализа в пользу какого-то из них, и это означает необходимость выбора критерия сравнения, применимого ко всем сравниваемым объектам, но не ставящего в привилегированное положение никакой из них – инвариантной точки отсчета⁷²⁷.

Выбор критерия сравнения осуществляется в рамках определенного угла зрения на те или иные конституционно-правовые явления. Часто можно видеть, что критерий сравнения лишь подразумевается в исследовании. Тем не менее, явное и недвусмысленное указание на этот «общий знаменатель» сравнения способен сделать серьезный вклад в понимание тех выводов, к которым приходит автор исследования, их убедительности и достоверности. По этой причине определенность в вопросе о третьем элементе сравнения представляется более предпочтительной, нежели надежда на интуитивное понимание этого элемента.

Эти соображения, однако, являются лишь отправной точкой для выбора *tertium comparationis*. Собственно выбор критерия происходит в соответствии с базовыми подходами к использованию сравнительного метода. Поскольку

⁷²⁶ van Hoescke M. Is There Now a Comparative Legal Scholarship? //

<https://biblio.ugent.be/publication/8529610/file/8529611>

⁷²⁷ См.: Valcke C., Grellette M. Three Functions of Function in Comparative Legal Studies // The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoescke / Ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, 2015. P. 101.

анализ самих подходов (как их преимуществ, так и проблематичных сторон) уже представлен в работе, ограничимся только кратким указанием на суть взаимосвязи подхода и выбора критерия для сравнения, а также представим альтернативы трем основным «тяжеловесам» конституционной компаративистики.

Догматический подход фактически элиминирует вопрос о критерии сравнения, поскольку делает акцент на закреплении какого-либо положения (или отсутствии такового) в формально определенных нормах конституционного права. Можно сказать, что нормы права, представляющие ответ на определенный запрос, являются одновременно объектом исследования и критерием для сравнения.

Поскольку в рамках функционального подхода к сравнению конституционно-правовые институты признаются выполняющими определенные социальные функции, то функция и становится параметром сравнения институтов. Соответственно, функциональный подход определяет параметр сравнения, претендуя при этом на высокую степень нейтральности, поскольку нацелен на то, чтобы избежать оценки различных правовых систем сквозь призму собственной (и вообще какой-либо) системы.⁷²⁸

Особенностью подхода является наличие «точки прорыва» социальной действительности в правовую материю и, соответственно, в правовое исследование. Отнесение это к достоинствам или недостаткам подхода – вопрос отношения конкретного исследователя к допустимости перефокусировки со строго правовых явлений на более широкие связи между правовыми и социальными явлениями⁷²⁹. Третья составляющая – это действительно

⁷²⁸ О преодолении проблемы сравнимости применительно к некоторым видам объектов с помощью функционального подхода см.: Домбровский Е.В., Фролова Т.А. Особенности сравнительного метода исследования при сравнении национальных и наднациональных правовых явлений // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2014. № 4. С. 11-18 (в статье речь идет о применении признаков федерализма как функциональной составляющей, позволяющей сравнивать Европейский Союз и федеративные государства).

⁷²⁹ Так, в науке было высказано заслуживающее внимания мнение, согласно которому «[В] рамках функционального метода происходит подмена объектов сравнения, отвечающих критерию

дополнительное измерение в исследовании, и в рамках функционального подхода это будет именно социальное измерение. Правовые институты здесь понимаются как ответы на те или иные общественные запросы – ответы, возникающие не как логическая необходимость, а как одна из вероятностей, допускающая и другие возможные ответы, выявление которых в ходе сравнения позволяет лучше понять как саму проблему, требующую решения, так и функции правовых институтов⁷³⁰, определенным образом справляющихся с этой проблемой.

В рамках сравнительных исследований культурологических направлений основанием сравнения может выступать определенное, в том числе внеправовое, явление социальной жизни. В рамках аналитического течения акцент может быть сделан на политических, социальных, экономических или духовных характеристиках общества, взятых относительно изолированно, холистическое течение предполагает анализ культуры в целом, попутно превращая критерий сравнения в основной объект изучения⁷³¹.

Приведенный выше пример с полномочиями президента может проиллюстрировать особенности выбора критерия сравнения в рамках всех трех подходов. Указание на полномочия в соответствии с буквой конституции – это догматическое сравнение. Оно, безусловно, способно дать представление о вариантах урегулирования статуса главы государства в странах транзита. Тем не менее, это лишь базовая конфигурация. Если перейти к функциональному подходу, то критерием для сравнения могла бы быть реальная способность

сопоставимости. Аналогичные социально-управленческие задачи могут решаться принципиально различным образом и сопоставимыми здесь оказываются лишь сами эти задачи, а не механизмы их решения; выполняемые правом функции, а не само право». См.: Варламова Н.В. Сравнительное правоведение: методологические основания и пределы исследования // Методология сравнительно-правовых исследований / Под ред. Г.И Муромцева, М.В. Немытиной. М., 2013. С. 28.

⁷³⁰ См.: Michaels R. The Functional Method of Comparative Law // The Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford University Press, 2008. P. 369.

⁷³¹ См.: Слыщенко В.А. Сравнительное право и культура: размышления о культурном измерении правопорядка // Правоведение. 2014. № 2. С. 52, 64. Культурная среда в таком понимании означает не просто третью составляющую сравнения, а настоящее «троение» правового знания (*thirding of legal knowledge*), то есть некоторое дополнительное пространство, определяющее смыслы права. См.: Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding // Journal of Comparative Law . 2011. No. 2. P. 91.

президента направлять (или даже возглавлять) процесс политического и экономического реформирования страны, или отстраивать новую систему государственной власти, либо способность конституционного порядка удерживать систему сдержек и противовесов и контроля за властью и т.д. Тут открывается путь для анализа уже не только формально зафиксированных, но и «скрытых» полномочий главы государства, что покажет новый уровень сходств и различий. Например, в практике Конституционного Трибунала Польши было решение, ставившее серьезные барьеры на пути выявления скрытых или подразумеваемых полномочий главы государства⁷³². Конституционный Суд РФ, напротив, пошел по пути признания таких полномочий⁷³³. В рамках культурологического подхода было бы интересно ввести в качестве *tertium comparationis* некий социальный фактор, который служил бы объяснением подобного принципиального расхождения по отношению к полномочиям главы государства. Заметим, что проблема скрытых полномочий Президента РФ обоснованно ставится в российской науке конституционного права⁷³⁴, но именно сравнение помогло бы критически оценить некоторые обстоятельства, напрасно претендующие на роль самостоятельного объяснения (потребности транзита, особенности формы правления⁷³⁵, традиция монолитной власти,

⁷³² «Полномочия государственных органов не могут быть выведены по аналогии; они должны всегда основываться на явным образом сформулированных правовых положениях». См.: Решение Конституционного Трибунала от 23 марта 2006 года по делу К 4/06.

⁷³³ См.: Постановления Конституционного Суда РФ от 31 июля 1995 года № 10-П; от 21 декабря 2005 года № 13-П.

⁷³⁴ См.: Комарова В.В. Скрытые полномочия Президента России: вопросы теории и практики // Вестник Университета имени Кутафина. 2018. № 6. С. 15-23.

⁷³⁵ Так, по ряду формальных признаков Россия, как и Польша, могла бы быть отнесена к смешанной республике. Больше того, Конституция Польши прямо относит Президента к исполнительной власти (ст. 10). Без дополнительного анализа, показывающего особенности российской формы правления, позволяющие характеризовать ее как суперпрезидентскую, а не полупрезидентскую модель, и включающего учет влияния формы правления на политический процесс перехода, картина полномочий главы государства, в том числе причины лояльного отношения к скрытым полномочиям, не может быть прояснена. См.: Партлетт У. Постсоветское суперпрезидентство // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 3. С. 103-123.

замкнутой на главу государства⁷³⁶, чрезвычайность ситуации⁷³⁷), и подчеркнуть тем самым, что объяснение должно быть найдено в чем-то еще⁷³⁸.

Отдельно следует указать на потенциал контроля достоверности результатов, который может быть приписан критерию сравнения. Догматический критерий, пожалуй, не имеет предзаданности (кроме неочевидного эффекта того, что на поверхностном уровне текстуальных формулировок конституционно-правовые нормы могут оказаться похожи в большей степени, чем их подлинное содержание). Но и функционализм, и контекстуализм придают третьей составляющей значение не только основания сравнения, но и контроля получаемых результатов: если функционализм изначально ориентировано на то, чтобы отыскать функцию, выполняемую конституционно-правовыми институтами во всех сравниваемых порядках и в этом уже видеть определенное сходство последних, то в рамках культурологического подхода вывод о сходстве двух систем предпочтительнее считать поверхностным и требующим дальнейшего углубленного изучения среды существования права⁷³⁹. Как уже отмечалось, оба варианта предзаданности для изучения конституционно-правовых институтов представляются сомнительными и должны быть заменены на оценки, адекватно отражающие правовую реальность.

⁷³⁶ В историческом опыте Польше можно заметить авторитарные устремления отдельных ее лидеров. В Конституцию Польши 1935 года по инициативе Ю. Пилсудского были включены положения о том, что источником и носителем государственной власти является Президент, причем за все свои действия он отвечает только перед богом и историей. См.: История южных и западных славян: в 2-х т. Т. 2: Новейшее время / Под ред. Г.Ф. Матвеева, З.С. Ненашевой. М., 2008. С. 33. Тот факт, что подобные устремления не превратились в систему персонификации власти, требует самостоятельного прояснения.

⁷³⁷ По словам М.В. Баглая, «Функции главы государства не могут быть конкретизированы полномочиями в полном объеме. Поэтому у главы государства всегда есть не раскрытые в конституции полномочия, которые выявляются в экстраординарных непредвиденных условиях, получая де-факто признание парламента или опираясь на судебное толкование конституции». См.: Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 2007. С. 453. Если «чеченское дело» еще может подойти под это описание, то «дело о губернаторах» уже явно не связано с экстраординарными обстоятельствами.

⁷³⁸ См., напр.: Краснов М.А. Персоналистский режим в России: опыт институционального анализа // Политическая концептология. 2012. № 1. С. 160-277.

⁷³⁹ См.: Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity. P. 370, 377.

Упомянувшиеся выше вопросы к основным «мейнстримовым» подходам к сравнению актуализируют обсуждения *tertium*, происходящие за этими рамками.

Совмещение. Прежде всего здесь стоит выделить обсуждения, которые строятся на попытках объединить преимущества описанных выше подходов и элиминировать их проблемные стороны. Речь идет о том, что можно совместить в третьей составляющей как внутренние характеристики сравниваемых конституционно-правовых объектов - общего предназначения (функция, определенный вклад в правовую коммуникацию) или причин появления, так и внешних характеристик – условий функционирования, при подразумеваемом влиянии характеристик обеих групп друг на друга⁷⁴⁰. Как вариант – в качестве собственно критерия сравнения сохраняется все-таки только функция, а контекст действия норм рассматривается как внешнее обстоятельство, но обязательное к учету для того, чтобы обеспечить полезность результатов исследования конституционно-правовых институтов стран, идеология или уровень социально-экономического развития которых различаются⁷⁴¹. В отличие от догматизма здесь сохраняются возможности «прорыва» социальной действительности в пространство формальных нормативных установлений; в отличие от строго функционального подхода, в совмещении усматриваются возможности не только описания выявленных сходств и различий, но и их объяснения, оценки, и перспектив заимствования с учетом особенностей внеправовых условий жизни данного общества; в отличие от культурологического подхода внешняя среда рассматривается как контекст действия конституционного права без отождествления с самим правом. Можно признать, что такие «комбинированные» подходы действительно направлены

⁷⁴⁰ Drobniг U. Rechtsvergleichung zwischen Rechtsordnungen verschiedener Wirtschaftssysteme. Zum Problem der intersystemaren Rechtsvergleichung // *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. 1984. Н. 2. Цит. по: van Reenen T.P. Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (2): the Comparability of Positive Legal Phenomena // *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. Vol. 28. 1995. No. 3. P. 414.

⁷⁴¹ См.: Kokkini-Iatridou D. Some Methodological Aspects of Comparative Law; the Third Part of a (Pre)paradigm // *Netherlands International Law Review*. 1986. No. 2.

на устранение по крайней мере некоторых «минусов» догматического, функционального и контекстуального подходов, взятых изолированно. Однако и они требуют внимания при определении *tertium* к сохранению в поле зрения исследователя конституционно-правовой материи.

Идеальный тип. Выше уже упоминалось, что один из возможных вариантов исследования, нацеленных на совершенствование типологий в конституционном праве, – это сопоставление избранных объектов с абстрактной моделью соответствующего правового института (см. параграф 1 главы 3). В этом случае «идеальный тип» выступает по сути в качестве критерия сравнения; сравниваемые объекты сопоставляются друг с другом не просто через отдельную характеристику, а через полноценный третий объект, построенный умозрительно и принятый за эталон. Здесь открывается возможность представить разнообразие реально функционирующих институтов и особенно – их оценку. Для конституционного права роль идеального типа может играть не только модель конкретного института, но и принципы конституционного порядка, детальное содержательное наполнение которых в разных странах может быть показано в сравнении. Единственный деликатный момент здесь состоит в том, чтобы конструировать идеальный тип нейтральным образом, действительно избегая «правового империализма», а не маскируя его⁷⁴².

Структура. По мысли некоторых авторов, структура объекта сравнения представляет собой не просто определенное его устройство, выражающее связь его составных частей, но и схему познания, хотя и с трудом отделимую от самого объекта⁷⁴³. Помимо структур, призванных представить строение целых правовых систем⁷⁴⁴, представляется вполне допустимым выделение структур отдельных объектов конституционного права. Распространенный вариант

⁷⁴² См.: van Reenen T.P. Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (1). P. 177-180.

⁷⁴³ См.: Samuel G. Op. cit. P. 96.

⁷⁴⁴ См, напр.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб., 2015. С. 240-342.

структуры, способной выступить в качестве основания сравнения, объединяет определенные теоретические представления о каком-либо конституционно-правовом институте, собственно нормативное их выражение и практику реализации. Можно представить структуры, ориентированные на конституционное право как взаимодействие учреждений, коммуникацию и т.д. Выбор структуры в качестве *tertium* неизбежно означает акцент на функционирование конституционно-правового объекта как системы и, соответственно, предполагает установление отдельных элементов сравниваемых систем и взаимосвязей между ними. Характеристики, выявленные применительно к двум сравниваемым объектам-системам, могут быть затем сопоставлены друг с другом. В этом смысле структура как основание сравнения может сделать большой вклад в последовательное изучение сравниваемых объектов, а также выступить средством контроля их сравнимости, поскольку исследователь с необходимостью будет сосредоточен на том, одинаковую ли структуру имеют правовые институты из разных стран. С одной стороны, этот подход заявлен как впечатляющая альтернатива уже приведенным подходам⁷⁴⁵. С другой стороны, все же возникает вопрос, действительно ли он представляет собой альтернативу, а не дополнение или уточнение. Скажем, изучаемый конституционно-правовой объект может рассматриваться как система, связанная с решением определенных социальных задач, или система, неотделимая от культуры; как относительно автономная система⁷⁴⁶, или система, для которой принципиальны связи с иными системами⁷⁴⁷. Эти альтернативы, по сути, возвращают ситуацию к исходному выбору базового подхода к использованию сравнительного метода.

⁷⁴⁵ См.: Samuel G. Op. cit.

⁷⁴⁶ См.: Valcke C. "Droit": réflexions sur une définition aux fins de comparaison // Comparer les droit, résolument / Sous la dir. de P. Legrand. Presses Universitaires de France, 2009. P. 115-120.

⁷⁴⁷ В одной из работ, делающей акцент именно на структурных связях при сравнении права, приводится пример, связанный с картами - где каждая карта в колоде имеет значение только в системе (именно в колоде), а сама по себе – просто кусочек картона с непонятными значками и картинками и как таковая ничего не значит. См.: Izorche M.-L. Proposition méthodologique pour la comparaison // Revue international de Droit comparé. 2001. No. 2. P. 295-298. Однако, развивая этот

Релевантность к вопросу исследования. Необходимо признать, что на повестке дня стоят также предложения, направленные не на расширение границ представлений о выборе критерия сравнения, но на аннулирование соответствующей стадии исследования. Некоторые исследователи прямо пишут о том, что значение вопроса о критерии сравнения было велико в момент, когда обсуждалась возможность сравнивать правовые установления из совершенно разных правовых порядков, например, капиталистических и социалистических: «Нам кажется, что реальность и практика некоторым образом обошли эту проблему, и сегодня она уже больше не является центром обсуждения компаративистики. По нашему мнению, нужно смотреть не столько на *tertium comparationis*, сколько на надлежащую формулировку цели сравнения, вопрос, который поставлен в исследовании, с одной стороны, и на независимую позицию компаративиста по отношению к объекту исследования – с другой»⁷⁴⁸. Вопрос сопоставимости сравниваемых объектов вряд ли можно считать устаревшим, во всяком случае в науке конституционного права, поскольку совершенно разные конституционно-правовые порядки продолжают существовать в мире и вызывать «компаративистский» интерес. Все же идея определять сравнимость по связи с собственно предметом исследования⁷⁴⁹ представляется вполне понятной. Предмет исследования объективируется в вопросе, на который сравнение должно дать ответ. Сравнению, таким образом, будут подлежать нормы конституционного права, относящиеся к вопросу. вполне возможно допустить, что нормы окажутся сравнимы на разных уровнях – структуры, функции, значения для культуры и т.д. – или одновременно на всех этих уровнях. Вопрос может быть задан в формально-юридическом, функциональном, контекстуальном или любом другом русле и при этом

пример дальше, легко заметить, что картам приписывается разное достоинство в зависимости от правил конкретной игры. Другими словами, значение элементов конституционно-правового института может зависеть от других правовых институтов или от действия внеправовых факторов.

⁷⁴⁸ Pieters D. Functions of Comparative Law and Practical Methodology of Comparing //

<https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Functions%20of%20comparative%20law%20and%20practical%20methodology%20of%20comparing.pdf>

⁷⁴⁹ См.: Kokkini-Iatrodou D. Op.cit.

представлять собой *tertium comparationis*. Очевидно, что вопрос о третьей составляющей и приоритетном подходе к ее определению в этом случае не исчезает вполне, он просто переносится на другую стадию исследования, объединяясь с ней, - стадию формулировки вопроса. Однако что происходит при этом – так это смещение акцента с объективного порядка проведения сравнения на роль познающего субъекта, который самостоятельно определяет интересующую его предметную область, свои цели, и в соответствии с этим – вопрос своего исследования. Тут открывается большое пространство для маневра, но характеристики этого пространства для конкретного конституционно-правового исследования потребуют пояснений так же, как и во всех предыдущих вариантах.

Подводя итог, нужно признать необходимость преодоления сохраняющихся до настоящего времени в науке конституционного права (отчасти – вслед за общетеоретическими упущениями) элементов «анархии» в вопросах выбора третьей составляющей для сравнения. Представление о третьей составляющей, как параметре, собственно, определяющем выводы относительно равно существенных для конституционно-правовых объектов сходств и различий требуют перехода от интуитивного его понимания к рациональному объяснению в рамках конкретных исследований для контролируемого получения нового знания.

Выбор *tertium comparationis* – важная часть применения сравнительного метода в конституционном праве, особенно если исследование выходит за рамки догматического, хотя эту стадию бывает сложно отделить от других, в частности, от постановки вопроса и выбора объектов для сравнения. Вместе с тем очевидно, что *tertium* серьезно влияет на конфигурацию и объем исследования. Третья составляющая – часть общих рамок работы, определяемых исследователем. Как мы видим, ключевой момент здесь – подход автора к пониманию конституционного права и системы связей между правом и иными явлениями общественной жизни. Формулировка основания сравнения

должна оставаться в русле этого базового подхода, соответствовать конкретным целям и вопросу исследования.

Представляется, что все приведенные варианты выбора третьей составляющей заслуживают внимания и могут быть с пользой реализованы в конституционно-правовых исследованиях. Но если учесть, какое значение *tertium* имеет для обоснования выбора объектов и дальнейшей концентрации на их сходствах и отличиях, а в конечном счете – и для решения научной задачи, представляется не лишним внимание к этому элементу сравнения со стороны исследователя. Третий элемент – это своего рода ключ к изучению правовой реальности и должен быть сформулирован таким образом, чтобы открывать дверь знанию.

§ 4. Описание, объяснение и оценка результатов сравнения

Изложение результатов исследования – это ключевая часть работы компаративиста. Хотя по вышеприведенным соображениям и представляется важным явным образом пояснять в сравнительных конституционно-правовых исследованиях выбор стран, критерий сравнения и пределы обращения к правовым и внеправовым явлениям для целей соответствующей работы, все же основная часть ее связана именно с соотношением конституционно-правовых институтов разных систем друг с другом.

Сравнение в конституционном праве требует внимательного анализа сходств и различий между собранными данными о конституционно-правовых доктринах, институтах, правоприменительной практике и на этой основе – понимания значения, содержания и применения соответствующих норм⁷⁵⁰. В зависимости от первоначальных задач внимание может быть уделено «черной букве» норм, их функциям и контексту действия. Кроме того, как уже отмечалось, соответствующие исследования могут быть построены в

⁷⁵⁰ См.: Eberle E.J. The Method and Role of Comparative Law // Washington University Global Studies Law Review. Vol. 8. 2009. No. 3. P. 460.

описательном ключе, включать оценки сравниваемых институтов, или быть нацелены на объяснение их функционирования в определенном виде.

Решение этих задач в значительной степени определяется так называемым дизайном исследования – набором требований к сбору данных по интересующей автора проблеме, обращению к определенному кругу объектов и источников, изложению и интерпретации результатов. В общественных науках принято различать два основных типа исследований принципиально разной конфигурации – анализ отдельных ситуаций, в пределе – даже одной (*small-N, case-study*), и статистическое исследование, означающее обращение к большому числу случаев (*large-N, cross-study*).

В науке можно встретить указания на то, что в сравнительном конституционном праве востребованы исследования обеих конфигураций⁷⁵¹. Их суть и смыслы использования, однако, редко поясняются в деталях.

Рассмотрим особенности исследований обоих типов, учитывая их эвристический потенциал именно для компаративного блока науки конституционного права. В конституционном праве исследования чаще строятся по первому типу. Когда речь идет о сравнениях, это значит, что в исследовании по определению участвует больше одного случая, но все-таки обычно это малое число случаев. Распространенность такого типа исследования объясняется его уместностью для получения максимально полного представления об особенностях функционирования каких-либо конституционно-правовых институтов, специфика которых несводима к количественным показателям. Качественный анализ объектов как единичных случаев в рамках сравнительного исследования в конституционном праве позволяет учитывать нелинейный характер развития правовых структур,

По этой причине мы уделим методу анализа отдельных ситуаций больше внимания. Вместе с тем, и количественные исследования второго типа могут

⁷⁵¹ См., напр.: Gardbaum S. How Do and Should We Compare Constitutional Law.

представлять определенную пользу для сравнительного конституционного права, и эта польза будет показана.

4.1. Анализ ситуаций

Прежде всего, необходимо уточнить терминологию. Конфигурация исследования по типу *case-study* является по-настоящему распространенной в ряде наук, однако при необходимости подобрать для нее русскоязычный термин возникают некоторые затруднения. В отечественной литературе иногда употребляется выражения без перевода - «кейс-стади», или «кейс-метод»; иногда используется буквальный перевод и тогда речь идет об анализе конкретных (или проблемных) ситуаций или случаев. На второй вариант мы будем ориентироваться и в настоящей работе, полагая более принципиальным раскрыть суть соответствующего типа исследований для сравнительного конституционного права.

В литературе справедливо подчеркивается множество значений, вкладываемых в понятие «анализ ситуации»: «качественность» (в противовес количественному) исследования, проведенного на малом числе объектов; холистический подход к исследованию, предполагающий всестороннее изучение феномена; использование особого типа информации; натуралистичность, то есть приближенность к реальной жизни, при сборе этой информации и др.⁷⁵²

Если под ситуацией или случаем (кейсом) понимать определенную социальную единицу (*social unit*), ограниченный в пространстве и времени феномен, то анализ ситуации или случая – это исследование такого феномена, направленное на восприятие его в деталях, в специфическом контексте. Стратегия исследования в этом случае включает эмпирическое изучение феномена, то есть проявления объекта в реальной жизни. Это интенсивная и

⁷⁵² См.: Gerring J. The Case Study: What It Is and What It Does // The Oxford Handbook of Political Science / Ed. by R.E.Goodin. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 1137.

согласованная деятельность, нацеленная на возможно полное понимание и объяснение какого-либо социального явления или события. Такая деятельность считается подходящей для ситуаций, когда нужен холистический подход к объяснению сложной и многогранной социальной проблемы, не подлежащей искусственному моделированию⁷⁵³ и, соответственно, редукции.

Как указывает один из ключевых авторов, занимавшихся вопросами конфигурации соответствующих исследований, анализ ситуации означает эмпирическое изучение феномена в контексте реальной жизни, особенно когда границы между феноменом и контекстом его существования не вполне очевидны: «Другими словами, вы используете метод анализа ситуации, поскольку вы преднамеренно решили включить в исследование условия контекста – полагая, что они в высокой степени относимы к изучаемому феномену»⁷⁵⁴. По этой причине здесь выделяются и особенности стратегии сбора и анализа данных: изучение охватывает особую ситуацию, описываемую большим количеством переменных, и поэтому опирается на множественные источники информации (использование триангуляции) и требует предварительной разработки теоретических предположений, призванных руководить сбором и анализом данных⁷⁵⁵.

При этом в качестве самой «ситуации» может выступать самый широкий спектр явлений – отдельные процессы, события, люди, организации, сообщества и т.д. Объекты исследования определяются с учетом специфики предмета конкретной науки.

Конституционно-правовые институты по всем признакам могут быть объектами изучения, построенного по такой конфигурации. Конституционно-правовые институты представляют собой сложную часть реальности, существующую в определенном контексте. По словам одного из исследователей, «суть анализа ситуации, центральное стремление всех типов

⁷⁵³ См.: Zainal Z. Case Study as a Research Method // Jurnal Kemanusiaan. Vol. 5. 2007. No. 1. P.

⁷⁵⁴ См.: Yin R.K. Case Study Research: Design and Methods. SAGE Publications, 2003. P. 13.

⁷⁵⁵ Ibid.

анализа ситуации, - это попытка высветить решение или серию решений: почему они были приняты, как они были осуществлены, и с каким результатом»⁷⁵⁶. Эта идея может быть отнесена и к конституционно-правовым решениям (в широком смысле этого слова), изучаемым в сравнительной перспективе⁷⁵⁷. Детальное изучение взаимосвязей социальной среды и конституционно-правовых явлений дает большой вклад в понимание особенностей последних (заметим сразу – указание на такие взаимосвязи выводит нас на функциональный и культурологический подходы к использованию сравнительного метода).

Основная ценность этого положения видится в том, что тем самым *на изучение конституционно-правовой материи могут быть распространены правила проведения анализа ситуаций*, хорошо известные ряду социальных и естественных научных дисциплин, но не слишком часто упоминаемые (хотя, безусловно, и не отрицаемые) в отечественной науке конституционного права.

Разные авторы выделяют различные этапы такого исследования, но практически не ставится под сомнение следующий их набор: постановка вопроса исследования; построение теоретических предположений (или иное обоснование направления выбора ситуаций); аккумулярование данных по ситуациям (с триангуляционной проверкой); определение связи между полученными данными и изначальными теоретическими предположениями; интерпретация результатов⁷⁵⁸.

Будучи частью пути познания, различные конфигурации исследования рассчитаны на решение разных задач. Исследование, основанное на анализе ситуаций, по сути своей предполагает в первую очередь описание какого-либо

⁷⁵⁶ См.: Schramm W. Notes on Case-studies on Instructional Media Projects // <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED092145.pdf>

⁷⁵⁷ Об изучении в сравнительной перспективе именно судебных решений см.: Троицкая А. Образование для компетентного юриста: сравнительный метод и *case-law* в конституционном праве // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 1. С. 47–56. Подчеркнем, что *case-study* может заключаться в изучении *case-law*, но не сводим к нему.

⁷⁵⁸ См.: Yin R.K. Op.cit. P. 20; Stake R.E. The Art of Case Study Research. Thousand Oaks: Sage Publications, 1995.

социального феномена, то есть означает инструмент поиска ответов на вопрос «как?» - в случае сравнительного конституционного права речь идет о том, *какое конституционно-правовое решение* той или иной проблемы было сформулировано в выбранных для сравнения странах.

Следует заметить, что сам по себе анализ ситуаций может происходить в нейтральном ключе. Так, одно из исследований в области сравнительного конституционного права предлагает своего рода введение в предметную область: каждая глава, посвященная определенной конституционно-правовой теме, начинается с общего обзора вопросов, затрагиваемых в рамках соответствующей темы и решаемых по-разному в нескольких государствах, после чего идут более подробные сведения по каждому из вовлеченных государств по отдельности. Например, в главе об источниках и чертах конституций представлены общие вопросы, связанные с понятием суверенитета, соотношением народного и королевского, народного и национального, народного и государственного суверенитета, процессами европейской интеграции, соотношением парламентарной и президентской форм правления, принципом разделения властей, территориальной структурой государств, а затем более подробная информация приведена об истории принятия и развития конституций США, Германии, Великобритании, Франции и Нидерландов⁷⁵⁹. Информация, представленная таким образом, демонстрирует процесс «перетекания» знания о конституционном праве зарубежных государств, рассматриваемых по отдельности, в систему общего конституционного права с его понятийным аппаратом, типологиями государств, теориями функционирования отдельных институтов и т.д., и

⁷⁵⁹ См.: Herringa A.W. *Constitutions Compared*. Intersentia, 2019. Кстати, эта же работа демонстрирует некоторые ограничения выбранного подхода к исследованию такого широкого предмета; анализ «ситуации», когда речь идет о широком спектре конституционно-правовых проблем и разных странах, с необходимостью не будет полным. Эта трудность преодолевается, когда речь идет о детальном анализе конкретных ситуаций для решения научных задач с помощью сравнительного метода в рамках конкретизированной проблематики. См., напр.: Васильева Т.А. *Миграционная политика, гражданство и статус иностранцев в странах западной демократии (сравнительно-правовое исследование)*. Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2010.

одновременно позволяет удерживать большую степень подробности при изложении материала о каждом из вовлеченных в сравнение государств.

Вместе с тем, анализ конкретных ситуаций может быть дополнен и оценочными суждениями исследователя. Такие суждения практически всегда сопутствуют знакомству и работе с конституционно-правовыми институтами – и отечественными, и иностранными. Этот вопрос обычно остается за рамками методологических соображений, хотя тот факт, что «оценка – это неотъемлемая часть всякой деятельности, направленной на сравнение права»⁷⁶⁰, обычно не оспаривается.

Оценка конституционно-правовых институтов – стандартная часть функциональных сравнительных исследований, тем более, если их цели определены в прагматичном русле и связаны с совершенствованием конкретного конституционного порядка (институтов права, правоприменительной практики, интерпретационных механизмов и т.д.), или формированием общего подхода к решению конституционных проблем на транснациональном уровне. Выбор «наилучшего для данного времени и места» конституционно-правового решения предполагает некоторую систему представлений о том, что именно является наилучшим. Как справедливо замечают некоторые авторы, от сравнительного права не стоит ждать «окончательных» ответов о правильном устройстве мира, которых за многие столетия не дала философия права; тем не менее, критическая переоценка значения различных интересов и рассмотрение правовых институтов на предмет соответствия некоторому балансу ценностей – это вполне посильная для сравнительного метода задача, даже если итоговые выводы будут предложены не как решения, возникающие в силу жесткой логической необходимости, а как разнообразие реальных возможностей⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ Zweigert K., Kötz H.-J. Critical Evaluation in Comparative Law // The Adelaide Law Review. Vol. 5. 1976. No. 4. P. 343.

⁷⁶¹ См.: Ibid. P. 344.

Однако и в отсутствие задач, направленных на немедленное заимствование или конвергенцию конституционно-правовых институтов критический их анализ важен, поскольку позволяет структурировать материал (технический аспект), формировать представление о системе ценностей, положенных в основу конституции, и делать выводы о том, как именно должны функционировать отдельные конституционно-правовые институты с учетом этой системы ценностей и своего изначального предназначения (идеологический аспект).

Во всех случаях сопоставление конституционно-правовых институтов разных государств означает приложение критической «мерки» не только к иностранным, но и к своей собственной системе. Сравнение и возможная благодаря ему критика права означает выход за пределы синдрома запертого человека в когнитивной интерпретации этого синдрома⁷⁶². Критический сравнительный анализ конституционно-правовых решений призван показать вариативность, позволяющую усомниться в правильности и «неизбежности» каких-то из них.

Методологически вовлечение элемента оценки в исследование означает необходимость вовлечения и критериев для такой оценки. В таком случае начальное теоретическое построение, ориентирующее анализ конкретных ситуаций, должно включать в себя указание на правовую потребность, которой предстоит быть решенной с помощью правового института, предположение о должном его функционировании в определенных условиях, и т.д. Соответственно, на основе этих вводных данных по ходу или по итогам представления норм права, практики их применения, их социальных эффектов, действия правовых принципов и т.д. может быть произведена их оценка на предмет соответствия принятой модели или отклонения от нее.

Изначальный ценностный ориентир принципиально важен именно для науки конституционного права; при сложной структуре ценностных начал

⁷⁶² Термин «*cognitive lock-in*» использован в работе: Eberle E.J. Op. cit. P. 457.

отрасли и науки он позволяет обозначить, с каких именно позиций будет рассмотрен тот или иной правовой институт, обеспечивая дискуссии осмысленность и выход за рамки простого обмена мнениями. Кроме того, привязка конституционно-правового института к его изначальным смыслам в контексте определенной системы ценностей имеет все-таки и конструктивный подтекст – оценка института в сравнительной перспективе в этом случае по сути указывает на направления желательной его трансформации.

Одно из исследований, построенное с соблюдением этих правил, посвящено свободе публичных мероприятий в Российской Федерации⁷⁶³. Исследование начинается именно с уточнения ценности соответствующей свободы: «Свобода собраний относится к категории особенно ценных основных прав, так как способствует свободному формированию общественного мнения, фундамента любой демократии, и дает тем, у кого нет прямого доступа ни к процессу принятия политических решений, ни к средствам массовой информации, возможность быть услышанными»⁷⁶⁴. Далее, обозначив причины, по которым свобода манифестаций сталкивается с ограничениями, авторы детально анализируют законодательство РФ, имеющее потенциал таких ограничений. Исходя из представленных авторами позиций, можно заметить, что по целому ряду параметров (организация мероприятия, процедура его согласования, выбор места, правила прекращения и др.) регулирование свободы публичных мероприятий в России сопряжено с такими проблемами, которые позволяют говорить о потере сути соответствующей свободы.

При этом именно сравнительный компонент, добавление в исследование еще одной «ситуации» – сопоставление российской действительности с практикой ФРГ – позволяет обнаружить, во-первых, совершенную избыточность с конституционно-правовой точки зрения российских

⁷⁶³ См.: Бланкенагель А., Левин И. Свобода собраний и митингов в Российской Федерации – сделано в СССР?: «Лучше мы не можем» или «По-другому не хотим»? // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2.

⁷⁶⁴ Там же. С. 55.

«драконовских мер», а во-вторых, реальные примеры, показывающие, что соответствующий правовой институт может быть выстроен в принципиально ином русле.

Итоговый вывод («Российский законодатель понимает это основное право как дар государства, содержание которого находится в распоряжении государства и при котором государство регулирует его содержание таким образом, чтобы использование этой свободы находилось под его жестким контролем»⁷⁶⁵), конечно, содержит оценку не только скудного резерва, оставшегося от свободы публичных мероприятий, но и действий законодателя. Здесь усматривается и задел для изменения ситуации к лучшему в будущем, причем за счет не просто точечных предложений, а предложений, основанных на определенном понимании той ценности, которая в действительности стоит за свободой публичных мероприятий в сложноорганизованном политическом сообществе.

Вместе с тем, исследование демонстрирует и некоторые ограничения: если анализ причин текущего положения дел сводится к тому, что законодатель «понимает» или «не понимает», то перспектив для реального совершенствования (с полным основанием критически оцененного) российского законодательства⁷⁶⁶ не открывается. Если проблема действительно заключается в том, что законодатель не понимает сути свободы публичных мероприятий, то подробное разъяснение этой сути могло бы помочь делу. Однако если проблемы кроются не на таком поверхностном уровне и демонстративное «непонимание» законодателя, в свою очередь, обусловлено другими причинами, то без вовлечения их в анализ простой перенос знания из ФРГ в Россию не даст переноса соответствующих практик.

⁷⁶⁵ Там же. С. 61.

⁷⁶⁶ Анализируемых в статье Федерального закона от 19 июня 2004 года № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»; Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (с последующими изменениями).

Последнее критическое замечание, впрочем, подчеркивает только фокус конкретного исследования и не ставит под сомнение потенциал анализа проблемных ситуаций как такового. Такой анализ полезен как инструмент для целей и описания (с сопутствующей систематизацией), и оценки конституционно-правовых институтов, поскольку он направлен на установление взаимосвязей как между различными элементами права (позволяя обращаться ко всей полноте источников), так и между этими элементами и фактическими обстоятельствами их действия, и позволяет определять значение конституционно-правовых норм, их замысел, модели реализации этого замысла в определенном контексте и последствия сделанного выбора для социальной практики.

Более сложный сюжет связан как раз с тем, имеет ли такая конфигурация исследования также и потенциал объяснения изучаемого объекта, то есть поиска ответов на вопрос «почему?». Настоящего единодушия здесь нет, но все-таки идея объяснительных (каузальных, нацеленных на выявление причинно-следственных связей) исследований по типу анализа отдельных ситуаций имеет достаточно широкое признание. Обоснованием здесь служит то, что здесь изучаемый социальный феномен рассматривается в широком контексте своего существования, что позволяет проследивать операционные связи между различными явлениями⁷⁶⁷. Исследование в рамках анализа ситуаций ориентировано на описание процессов, протекающих в реальной жизни, – именно процессов, а не точечных срезов или выхваченных из контекста статических картин. Известное выражение о том, что полное внимание к отдельным случаям направлено на их понимание «в глубину», а не «вширь» (качественное, а не количественное исследование) означает не что иное, как акцент на деталях, полноте, всеохватности⁷⁶⁸, что и позволяет наблюдать взаимосвязи вещей, в том числе причинно-следственные связи.

⁷⁶⁷ См.: Yin R.K. Op.cit. P. 6.

⁷⁶⁸ См.: Gerring J. Op. cit. P. 1148. Как пишет автор, тут выбор – «знать больше о меньшем, или меньше о большем».

Применительно к конституционно-правовым институтам это означает обнаружение линий прорыва социальной действительности в правовую материю, - выявление, во-первых, того, какая именно социальная потребность привела к возникновению того или иного правового ответа, а во-вторых, - влияние каких факторов (как правовых, так и иных) приводит к выбору именно такого конституционно-правового ответа.

Каузальный тип исследований предполагает предварительную формулировку научной гипотезы, которая будет проверена в ходе анализа кейса. Предположения о причинно-следственных связях между социальными проблемами, существующими в определенном контексте, и принятыми в этом контексте конституционно-правовыми решениями определяют процесс сбора и анализа информации.

Релевантность конституционно-правовых институтов из отобранных стран обычно становится ясна с учетом сформулированных теоретических положений. Вместе с тем, здесь возникает проблема объективности представления ситуации и получаемого в итоге знания.

По-видимому, здесь необходимо, вслед за некоторыми авторами, различать вопросы создания теории и проверки уже существующей теории, хотя эти вопросы, конечно, могут оказаться и связаны.

Возможность создания теории даже на одном случае, как правило, не ставится под сомнение. Считается, что при изучении явления с вовлечением контекста, в том числе на длительном временном интервале, можно максимально полно аккумулировать необходимую информацию и на этой основе приходиться к умозаключениям, выходящим за границы конкретного случая. Однако в действительности тут возникает вопрос относительно перспективы генерализации теории, полученной на одном случае (то есть ее распространения на другие случаи). Если эта ситуация выбрана из числа распространенных и представляет собой пример большого количества аналогичных ситуаций («типичный кейс») – то проблемы генерализации нет.

Однако сама методика детального анализа ориентирована также на работу со случаями, которые могут быть представлены как уникальные. Все-таки анализ ситуации применяется в основном в русле идиографического, а не номотетического подхода. Может ли на этой базе быть сформулирована теория, значение которой выходит за рамки рассмотренного феномена? Это более широкая проблема экстраполяции – распространения знания на ситуации, находящиеся за рамками непосредственно наблюдаемых. Но в конце концов, что позволяет нам обобщать выводы, полученные, например, в ходе эксперимента? Если в рамках теории выделены значимые условия, определяющие результат, то есть все основания предполагать, что экстраполяция выводов относительно результата возможна на ситуации, где те же значимые условия встречаются в том же сочетании. Конечно, анализ отдельной ситуации не может быть приравнен к эксперименту – тут есть существенная разница в контроле над условиями, возможностью контролируемо их изолировать и варьировать. Но все же анализ ситуации позволяет получить научное знание о взаимодействии различных факторов (хотя и не моделированных, а наблюдаемых в реальности), выдвигать и обосновывать гипотезы о соотношении независимых и зависимых переменных. В этом смысле даже один-единственный случай может подтолкнуть мысль в совершенно новом направлении⁷⁶⁹. Другое дело, что проверка соответствующей теории, скорее всего, потребует дополнительных усилий, источников и т.д. В определенном смысле это будет означать уход от ситуации формирования теории на одном случае.

Собственно, можно сказать, что сочетание анализа ситуации и сравнительного метода в конституционном праве как раз и позволяет хотя бы отчасти решить проблему надежности получаемого знания при создании и проверке теорий – просто потому, что объектом изучения является уже не одна

⁷⁶⁹ Как пишет один из авторов, «сколько раз Ньютон наблюдал за падающими яблоками, прежде чем понял природу силы тяжести?». См.: Gerring J. Op.cit. P. 1142.

ситуация. Сравнительный метод дает очевидное расширение горизонта познания. Анализ ситуации позволяет увидеть воплощение теоретической модели конституционно-правового института в жизни, и с помощью сравнительного метода – не в одном варианте. Здесь открывается путь для углубления знания о теоретических конструкциях; разнообразие их применения позволяет уточнять их содержание и значение. Именно сочетание анализа ситуации и сравнительного метода позволяет не терять черты, характерные для практики реализации конституционно-правовых норм, учитывать нелинейность и многофакторность социального развития, но при этом строить теорию на разных вариантах сочетания факторов, обусловивших конкретный результат конституционно-правового решения той или иной проблемы.

В науке конституционного права можно встретить указания на некоторые принципы, которые могут быть положены в основу создания каузальных теорий с применением сравнительного метода. Прежде всего, это логика «наиболее похожих случаев» и «наиболее различающихся случаев»⁷⁷⁰.

Поиск причинно-следственных связей между явлениями в рамках исследования похожих по определенным параметрам стран базируется на каноне различий (!) и означает включение в исследование стран с близкими характеристиками или переменными, не являющимися центральными для исследования, но различающимися по независимой и зависимой переменным, ключевым для работы. В такой ситуации переменные, не относящиеся к ключевым, оказываются под контролем; это позволяет «изолировать» значение независимой переменной для варьирования зависимой переменной⁷⁷¹. С точки зрения канона это означает, что если в одном государстве присутствует набор обстоятельств A, B, C, D, а в другом - A, B, C и неD, и при этом в первом государстве есть явление Z, а в другом его нет, то обстоятельство D может

⁷⁷⁰ См.: *Hirschl R. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law // The American Journal of Comparative Law. 2005. Vol. 53. No. 1. P. 133-142.*

⁷⁷¹ *Ibid.* P. 135.

рассматриваться как причина явления Z ⁷⁷². Например, если выдвигается гипотеза о том, что на степень централизации в федеративном государстве влияет не столько схема распределения компетенции (базово централизованная, то есть относящая остаточные полномочия к ведению федерации, или базово децентрализованная, то есть устанавливающая закрытый перечень полномочий федерации, а остаточные передающая субъектам), сколько наличие или отсутствие в системе элементов конкуренции (то есть возможность штатов регулировать сферы, не урегулированные на федеральном уровне или сохранение пробелов в случае «молчания» федерации), то США могут, конечно, сопоставляться с Индией, но эти два государства различаются по слишком многим параметрам, не только по модели распределения компетенции. Возможно, сопоставление опыта США и Канады тут будет более уместным⁷⁷³.

Логика сравнения «по контрасту» связана с каноном сходства и означает, что в исследование включаются страны, максимально отличающиеся друг от друга по всем второстепенным для исследования характеристикам, но сопоставимые в смысле возможности влияния одной и той же ключевой независимой переменной на объяснение совпадающей зависимой переменной⁷⁷⁴. С точки зрения канона, если во всех государствах есть явление Z , а все обстоятельства, кроме A , различаются, то есть смысл в предположении, что именно обстоятельство A является определяющим для явления Z ⁷⁷⁵. Так, проверка гипотез о влиянии авторитарного прошлого на стремление удержать механизмы децентрализация власти в настоящем на примере Германии и Австрии может не выглядеть особенно убедительно с учетом тесно

⁷⁷² См.: Милль Дж. Система логики силлогистической и индуктивной. М., 2011. С.312.

⁷⁷³ См.: Field M. A. The differing federalism of Canada and the United States // Law and contemporary problems. Vol. 55. 1992. P. 107–110.

⁷⁷⁴ См.: Hirschl R. Op.cit. P. 139.

⁷⁷⁵ См.: Милль Дж. Указ. соч. С. 310-311.

пересекающейся истории развития этих государств. Сравнение Германии, например, с Россией может оказаться здесь более продуктивным⁷⁷⁶.

Задача проверки уже существующего теоретического знания с помощью анализа ситуаций также активно обсуждается в методологической литературе. Конечно, тестирование конституционно-правовой теории на конкретном государстве выглядит очень привлекательным делом. Опять же, в рамках социальной действительности мы не можем сказать, что это будет та же самая методология, какая в естественных науках предполагает проверку теории экспериментом, но по сути случай как конкретный социальный феномен представляет собой реалистичный ответ на запрос теории⁷⁷⁷. В частности, обращение к конституционно-правовым институтам показывает, как та или иная теория была воплощена в нормах, применена в конкретных ситуациях и каким образом (если вообще) она повлияла на общественные отношения.

Исследование в русле анализа случая может дать подтверждение теории, причем наибольшей убедительностью будут обладать исследования, в которых для проверки теории берутся так называемые «самые трудные дела» (*«most difficult cases»*), то есть такие случаи, которые в принципе выглядят как самые «немногообещающие» для теории, в том смысле что на первый взгляд они вроде бы не должны подтвердить имеющиеся теоретические построения⁷⁷⁸. Идея состоит в том, что если даже в деле, которое представляет собой самый большой вызов для теории, она все-таки нашла подтверждение, то ее можно считать выдержавшей серьезную проверку и заслуживающей доверия⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ Отметим, что логика каузального исследования по типу кейс-стади может быть построена и на основе функционального подхода – если изучению подлежит эффект норм на социальную действительность. См.: Dannemann G. Comparative Law: Study of Similarities or Differences // The Oxford Handbook of Comparative Law. P. 396. Например, в исследовании может быть поставлен вопрос о том, меняется ли количество привитых, если схема добровольного согласия заменяется на обязательное вакцинирование с возможностью отказа от такового только при наличии отвода по медицинским показаниям.

⁷⁷⁷ См.: Shuttleworth M. Case Study Research Design // <https://explorable.com/case-study-research-design>

⁷⁷⁸ См.: Hirschl R. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law // American Journal of Comparative Law. Vol. 53. 2005. No. 1. P. 145.

⁷⁷⁹ См.: Eckstein H. Case Study and Theory in Political Science // Handbook of Political Science. Vol. 1. Political Science: Scope and Theory / Ed. by F. I. Greenstein, N. W. Polsby. Mass.: Addison-Wesley, 1975.

Например, такая схема могла бы быть использована для проверки гипотезы о связи понимания органом конституционного правосудия путей легитимации своих решений и особенностями рассмотрения им дел об ограничениях прав человека. В частности, если предположить, что, по крайней мере, по некоторым категориям дел российский Конституционный Суд связывает убедительность своих решений не с качеством аргументации, следующей проверочным тестам принципа соразмерности ограничения прав, а со своим умением опереться на силу традиций (подчас просто воспроизводящих некоторые стереотипы)⁷⁸⁰, или сместить внимание «с предмета обсуждения на делегитимацию оппонента в глазах сочувствующей аудитории»⁷⁸¹ и другими подобными шагами, то это может объяснить, почему применение принципа соразмерности в практике Суда остается непоследовательным, усеченным, непрозрачным и иногда приводящим к сомнительным выводам, демонстрирующим, скорее, риски соответствующего принципа, нежели основные его преимущества⁷⁸².

Наиболее сложным случаем для подтверждения этой гипотезы можно было бы считать ситуацию «межсудейского диалога» в контексте проблемы исполнения решений Европейского Суда по правам человека (далее также – ЕСПЧ). Так, обратившись к делу Анчугова и Гладкова, было бы допустимо ожидать, что рассматривая вопрос об исполнении решения ЕСПЧ (который в сравнении с российским Судом весьма тщательно следит за прозрачностью аргументации по проблемам ограничения прав), Конституционный Суд

P. 80. Цит. по: King G., Keohane R.O., Verba S. *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*. Princeton: Princeton University Press, 1994. P. 209.

⁷⁸⁰ О смещении аргументации с принципа соразмерности в сторону обсуждения традиционных ценностей в деле, связанном с проблемой распространения информации о нетрадиционных отношениях см.: Кряжкова О. Новый раунд борьбы за права сексуальных меньшинств: комментарий к Постановлению Конституционного Суда России от 23 сентября 2014 года № 24-П // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 6. С. 122.

⁷⁸¹ Подробный анализ подобной стратегии в связи с конкретной правовой коллизией см.:

Микиртумов И.Б. Аргументация и легитимность: дело Маркина // РАЦИО.ru. 2015. № 15. С. 102.

⁷⁸² См.: Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2.

воспримет эту линию, чтобы ответить по существу на прозвучавшие аргументы о несоразмерности недифференцированного лишения активного избирательного права всех заключенных. Этого, однако, не произошло – даже в условиях диалога (чтобы не сказать – конфронтации). Хотя Конституционный Суд РФ уделил внимание не только букве части 3 статьи 32 Конституции РФ, но также истории появления нормы именно в таком виде и анализу системы уголовных наказаний, в контексте собственно проблемы ограничения избирательных прав заключенных (поставленной решением ЕСПЧ) он не вышел за рамки представлений, в соответствии с которыми рассматриваемые ограничения, как закрепленные в Конституции, не предполагают никаких отступлений от них. От ценностного анализа положения части 3 статьи 32 и анализа возможностей ограничительного его толкования с учетом принципа, закрепленного частью 3 статьи 55 Конституции, Конституционный Суд воздержался. Аргументы же, которые Суд обозначил как находящиеся в плоскости соразмерности и дифференциации, строились, в основном, вокруг того, что не все осужденные в Российской Федерации отбывают срок наказания в местах лишения свободы и, соответственно, поражаются в активном избирательном праве; при всей очевидности, эта идея в сущности является подменой обсуждаемой проблемы, и отвечает не на тот вопрос о соразмерности, который был поставлен Европейским Судом⁷⁸³.

Вместе с тем, один из аргументов в пользу невозможности исполнения решения Европейского Суда по правам человека был связан с тем, что «вывод о нарушении Российской Федерацией статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, к которому пришел Европейский Суд по правам человека, основан на

⁷⁸³ Критический анализ см.: Вайпан Г. Трудно быть богом: Конституционный Суд России и его первое дело о возможности исполнения постановления Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 107-124. Особенно следует обратить внимание на позицию автора, в соответствии с которой «если статья 55 (часть 3) Конституции может быть использована для введения дополнительных ограничений прав граждан по сравнению со специальными положениями о правах и свободах в главе 2 Конституции, то она *тем более* может быть использована для смягчения ограничений прав и свобод, предусмотренных специальными положениями главы 2 Конституции, если такие ограничения более не отвечают принципу соразмерности».

истолковании ее положений, расходящемся с их смыслом, из которого исходили Совет Европы и Россия как сторона данного международного договора при его подписании и ратификации»⁷⁸⁴.

Иными словами, данное дело подтверждает большую готовность использовать аргументы, связанные с делегитимацией оппонента, чем аргументы, доказывающие собственно правомерность лишения всех заключенных активного избирательного права. Обнаружение подобной стратегии даже в случае, который явно относится к числу «трудных», является достаточно сильным подтверждением базовой гипотезы.

Однако для сравнительного конституционного права не меньшее научное значение имеет и включение в анализ ситуаций, которые опровергает имеющуюся теорию. Верификация теории индуктивным путем – мероприятие не бесспорное⁷⁸⁵, а вот ее фальсификация – это вполне конкретный и заслуживающий большого внимания результат. Ситуация, которая опровергает существующие построения, требует, как минимум, дополнительного пояснения; иногда он означает необходимость уточнять теорию, или даже строить новую. Новые данные, корректирующие теорию, означают следующий виток в ее понимании, которое, в свою очередь, также потребует проверки.

Например, рассматривая институты воинствующей демократии, можно предположить, что есть определенная связь между наличием в истории государства опыта злоупотребления демократическими правами и его (повышенной) готовностью идти на запрет недемократических политических сил (реализация доктрины «конституционных страхов»). Долгое время включение в сравнительное исследование решений Федерального конституционного суда ФРГ позволяло подтвердить эту гипотезу. Как известно, базируясь на нормах статьи 21 Основного закона, в 50-е годы XX века

⁷⁸⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 года № 12-П.

⁷⁸⁵ Критику индуктивных методов см.: Поппер К. Логика и рост научного знания. М., 1983. С. 46-50.

Суд дважды выносил решения о запрете политических партий⁷⁸⁶. К параметрам, принимаемым во внимание, относились идеологическая платформа партии, кадровый состав, наличие «крыльев» и т.д., то есть характеристики самой партии, позволяющие констатировать ее недемократический характер. Такая практика соответствовала формуле статьи 21, установившей перспективу объявления неконституционными тех партий, «которые стремятся, судя по их целям или действиям их сторонников, причинить ущерб основам свободного демократического строя или устранить его, или угрожают целостности Федеративной Республики Германии».

Однако со временем ситуация изменилась. В 2017 году Суд отказался запретить очевидно недемократическую по своей идеологии партию⁷⁸⁷. Как указал Суд в своем решении, для оценки необходимости роспуска он должен убедиться, что партия 1) преследует антиконституционные цели; 2) стремится подорвать конституционный порядок активными действиями и 3) имеет шансы на успех. Последний критерий стал решающим для поднятия планки требований к обоснованному вмешательству в политическую конкуренцию. Институты воинствующей демократии по сути своей превентивны, и для запрета партии не требуется, чтобы реальный вред был уже причинен; но в дело был добавлен аргумент о «потенциальной возможности»⁷⁸⁸: серьезнейшее оружие, которое есть у демократического государства, связанного принципом верховенства права, может быть использовано, «только если политическая партия располагает достаточными средствами оказывать влияние, благодаря которым дело не выглядит так, что у партии нет возможности преуспеть в достижении ее антиконституционных целей, и если она действительно

⁷⁸⁶ Дело о социалистической имперской партии 2 BVerfGE 1 (1952); Дело о коммунистической партии, 5 BVerfGE 85 (1956). Об исследовании судебных решений в контексте функционирования института воинствующей демократии см.: Троицкая А. А. Воинствующая демократия и запрет политических партий: практика впереди теории? // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 9. С. 13–14.

⁷⁸⁷ Дело о Национал-демократической партии Германии 2 BvB 1/13 (2017).

⁷⁸⁸ Molier G., Rijpkema B. Germany's New Militant Democracy Regime: National Democratic Party II and the German Federal Constitutional Court's 'Potentiality' Criterion for Party Bans // European Constitutional Law Review. 2018. Vol. 14. P. 397.

использует эти средства, чтобы оказывать влияние» (п. 586). В число критериев, по которым предполагалось определять достаточную степень «потенциальных возможностей» партий, вошли характеристики самой партии (ее кадры и завоевание или, наоборот, потеря ими популярности, организационная структура, степень мобилизации, способность вести избирательную кампанию, финансовая ситуация), ее влияние на общество (результаты выборов, публикации, альянсы и поддерживающие структуры), занятие ее членами публичных должностей и вхождение в представительные органы, средства, стратегии и меры, которые она применяет (п. 587). Иными словами, во внимание была принята не только статья Основного закона, позволяющая запрещать партии, чья идеология нацелена на разрушение демократического конституционного порядка, и не только характеристики самой партии, но и особенности внешней по отношению к партиям политической среды. Федеральный конституционный суд фактически предложил исходить из того, что степень реальной опасности недемократических политических сил может быть различна⁷⁸⁹.

За этим решением должно последовать серьезное корректирование базовой гипотезы. Она должна быть дополнена, как минимум, соображением о возможности преодоления конституционных страхов в исторической перспективе. Соответственно, теория, придающая гипертрофированное значение прошлому опыту государства, оказывается фальсифицирована.

Исследование конкретных случаев представляет особый интерес, когда речь идет о противоречивой теории, или теории, предполагающей различные

⁷⁸⁹ Собственно, по итогам этого решения были внесены изменения и в статью 21 Основного закона ФРГ. Теперь абзац 3 этой статьи предусматривает, что партии, которые по своим целям или поведением своих приверженцев стремятся подорвать или упразднить свободный демократический основной порядок или поставить под угрозу существование Федеративной Республики Германия, должны быть исключены из системы государственного финансирования. По сути, это альтернативная мера воздействия для партий, которые преследуют антиконституционные цели, но не были сочтены достаточно опасными, чтобы оказаться под роспуском в соответствии с абзацем вторым той же статьи.

модели нормативного воплощения. Здесь широта охвата информации позволяет сконцентрироваться на различных условиях, в которых появляется то или иное конституционно-правовое решение, и может способствовать пониманию неожиданных связей между явлениями. Анализ ситуаций не ориентирован на жесткое ограничение переменных в исследовании (в отличие от статистических методов, которые с необходимостью идут на это, поскольку о большом количестве объектов сложно аккумулировать слишком много разнообразной информации), и для изучения институтов конституционного права, чувствительного в отношении исторического опыта, программирования развития, а также ценностных конструкций, вытекающих из того и другого, это может оказаться более чем уместным.

4.2. Статистические исследования

Статистическое исследование означает включение в него большого количества государств. Существенно, однако, то, что отличие статистического анализа от анализа отдельных ситуаций заключается не просто в количестве вовлекаемых объектов – это принципиально иная конфигурация исследования.

Материал по большому количеству государств, конечно, может быть представлен последовательно, с тем детальным описанием, которое характерно для анализа отдельных случаев. Такие исследования известны. Например, один из французских университетов издает ежегодные сборники статей, подготовленных представителями различных государств по итогам обсуждения актуальных проблем конституционного правосудия в рамках круглых столов⁷⁹⁰. Вместе с тем, такие сборники, оставаясь достаточно громоздкими, решают по большей части только описательные и концептуальные задачи, вдобавок по отдельным странам, взятым вполне изолированно. Небольшой сравнительный компонент в них, конечно, присутствует, за счет специального

⁷⁹⁰ См., напр.: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXXIII, 2017: *Juge constitutionnel et interprétation des normes*. Aix-en-Provence, 2018.

«синтезирующего» материала, но в основной своей части такой сборник остается в русле «конституционного права зарубежных государств», а не «сравнительного конституционного права». Он может считаться ценным источником информации для дальнейших сравнительных исследований, но не сравнительным исследованием как таковым.

Обращение к большому количеству государств в рамках сравнительных исследований требует использования специальных статистических методов, которые позволяют выявить интересующие исследователя характеристики изучаемого конституционно-правового объекта и установить взаимосвязи между различными переменными. Такой акцент на независимых и зависимых переменных позволяет проводить классификации и кластеризации, получать усредненные данные, редуцировать описание, но самое главное – проверять, как изменение одних переменных влияет на распределение других переменных⁷⁹¹, что помогает решать самый широкий спектр задач, которые могут быть поставлены перед сравнительным конституционно-правовым исследованием – формулировать положения каузальных и прескриптивных теорий, прогнозировать эффекты заимствований, делать обобщения в рамках конвергенции права. Иными словами, в рамках исследования по типу *large-N* могут быть решены различные научные задачи компаративиста, поэтому соответствующие возможности представляется правильным использовать для решения задач, стоящих перед конституционно-правовой наукой.

Основное преимущество статистического исследования – это упрощение задачи генерализации полученного знания. Статистические подходы позволяют оценить, в какой степени гипотезы относительно факторов, обусловивших появление определенных конституционно-правовых норм, или последствий действия этих норм могут быть распространены на широкий круг стран, и обеспечивают инструмент для оценки и уменьшения неопределенности в

⁷⁹¹ См.: *Ахременко А.С.* Политический анализ и прогнозирование. М., 2006. С. 102-104.

вопросах причинно-следственных связей⁷⁹². Однако этот метод имеет ряд особенностей, позволяющих характеризовать, какие именно данные могут быть собраны по изучаемым странам, какие связи между переменными могут быть выявлены, и какое итоговое знание может быть получено.

Основная особенность статистического исследования по сравнению с исследованием, основанным на детальном анализе отдельных ситуаций – это отсутствие подробного описания специфических черт каждой изучаемой системы. Применительно к конституционному праву это означает потерю детализации конституционных установлений и богатства оттенков их взаимосвязей друг с другом и с различными внеправовыми явлениями конкретной социальной среды. Такое положение вещей нельзя оценивать в негативном ключе – речь идет о необходимом следствии выбора либо в пользу глубины понимания сложных контекстуальных особенностей существования конституционно-правового института, либо в пользу широты охвата исследуемых объектов, для которых актуальны определенные паттерны. И если в рамках качественного исследования надежность получаемого знания связывается с детальным анализом ситуаций в их интерпретируемой целостности, то в рамках количественных исследований она проистекает именно из множественности изучаемых объектов⁷⁹³.

Статистическое исследование в конституционном праве может быть направлено на установление причинно-следственной связи между двумя переменными (иногда в анализ вовлекается большее их количество). В основе исследования всегда лежит некоторая если не теория, то гипотеза, которая и позволяет сосредоточиться на определенных правовых или внеправовых явлениях как переменных. Конституционно-правовой институт может рассматриваться при этом как причина некоторых последствий – не обязательно в правовой сфере, это могут быть и политические, и

⁷⁹² См.: Whytock Ch. Taking Causality Seriously in Comparative Constitutional Law. P. 659; Шорохова И.С., Кисляк Н.В., Мариев О.С. Статистические методы анализа. Екатеринбург, 2015. С. 8.

⁷⁹³ См.: Ragin Ch.C. Fuzzy-Set Social Science. Chicago, London, 2000. P. 22.

экономические последствия, - а может рассматриваться как переменная, напротив, зависящая от ряда других обстоятельств.

Пример первого типа исследования – это работа Кристофера Уайтока, направленная на выявление причинно-следственных связей между формой правления и объемом государственных расходов⁷⁹⁴. Изначальная гипотеза, предложенная другими исследователями и взятая им на вооружение, предполагала, что в государствах с парламентарной формой правления (где существование правительства определяется доверием парламента) объем государственных расходов выше. Теоретическое обоснование этой идеи состояло в том, что в парламентарных формах правления правительство является основной силой, определяющей повестку дня для законодательного органа; соответственно, оно функционирует при сохранении поддержки стабильного парламентского большинства (обеспечиваемой в том числе коалициями). Стабильное большинство в парламенте действует по схеме «остаточных требований» (*residual claim*), сохраняя для себя все преимущества определения трат и лишая этой возможности меньшинство. В президентских системах повестка дня определяется влиятельными парламентскими комитетами; большинство меняется всякий раз в зависимости от рассматриваемого вопроса и занимает более сдержанную позицию относительно расходов⁷⁹⁵.

Дополнив эту конструкцию еще одной независимой переменной (типом избирательной системы, которая способствует созданию консолидированного большинства в парламенте, или напротив, дает вклад в его фрагментацию), и рассмотрев расходы в привязке к валовому внутреннему продукту, К. Уайток на примере 80 государств подтвердил предсказанный эффект: существование института доверия в системе организации власти при прочих равных приводит к увеличению расходов на 6,1% от ВВП (в 95% случаев разброс составил от 1,7

⁷⁹⁴ Whytock Ch. Taking Causality Seriously in Comparative Constitutional Law. P. 659-682.

⁷⁹⁵ См.: Persson T., Tabellini G., The Economic Effects of Constitution. Cambridge, MA, 2003. P. 24-25.

до 10,5% от ВВП). Учет типа избирательной системы скорректировал картину опять же в соответствии с ожиданиями. Эффект зависимости расходов от вида формы правления оказался погашен для стран с избирательной системой, в рамках которой избиратели сами определяют, кого из кандидатов они предпочли бы видеть в парламенте (например, с системой открытых списков) – при таком варианте кандидаты в меньшей степени зависят от выдвинувшей их партии, демонстрируют меньшую дисциплинированность впоследствии при голосовании в парламенте и тем самым размывают значение переменной стабильности парламентского большинства. Там же, где выборы происходили по системе, способствующей партийной дисциплине парламентариев (например, по системе закрытых списков), эффект оказался еще более значимым – превышение расходов на 12,2% от ВВП (в 95% случаев разброс был от 4,7 до 19,7 %) ⁷⁹⁶. Соответственно, была подтверждена взаимосвязь между уровнем «согласованности» в действиях парламента (производным от формы правления и избирательной системы) и повышением уровня расходов.

Второй тип исследования (где конституционно-правовой институт выступает как зависимая переменная) может быть проиллюстрирован *large-N* исследованием практики запрета политических партий в европейских государствах в 1945-2015 годах ⁷⁹⁷. В этой работе на материале 37 европейских государств послевоенного периода авторы тестировали целый ряд предположений относительно факторов, способствующих принятию решений о запрете партий. В частности, было установлено, что под запретом в соответствии с ожиданиями в большинстве случаев оказывались «анти-системные» партии крайне правой или крайне левой идеологии, либо

⁷⁹⁶ См.: Whytock Ch. Taking Causality Seriously in Comparative Constitutional Law. P. 667-670. Важно подчеркнуть, что автор вводил также контрольные переменные для того, чтобы учесть другие факторы, помимо формы правления и избирательной системы, которые могли повлиять на уровень расходов (включая показатели дохода на душу населения, демографические показатели, влияющие на расходы, географическое положение и политико-территориальную организацию государства, идеологию правящей партии и др.).

⁷⁹⁷ См.: Bourne A.K., Bértoa F.C. Mapping 'Militant Democracy': Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015) // European Constitutional Law Review. Vol. 13. 2017. No. 2. P. 221-247.

региональные партии с сепаратистской повесткой дня, вдобавок готовые к насильственным методам осуществления этой повестки, либо религиозные партии фундаменталистского толка. Также была подтверждена гипотеза о том, что государства так называемой процедурной демократии демонстрируют меньшую готовность к запрету партий по сравнению с государствами сущностной демократии

Кстати, на примере этой гипотезы и способа ее проверки можно увидеть особенности применения статистического метода, связанные с потерей «детализации». В частности, различие процедурной и сущностной демократии – это сложный теоретический вопрос, вовлекающий, с одной стороны, минималистскую теорию «избирательной» демократии Й.Шумпетера, с другой – соображения о том, что демократия должна, не ограничиваясь обеспечением политической конкуренции, поддерживать незыблемость определенных ценностей⁷⁹⁸. На практике соответствующие идеи воплощаются различным образом. При всем том, авторы рассматриваемой работы отнесли к сущностным демократиям государства, конституции которых устанавливают содержательные пределы пересмотра, а к процедурным – государства, конституции которых вечных положений не содержат⁷⁹⁹. Стремление определить переменную с прагматичных позиций понятно, но такой подход с очевидностью демонстрирует упрощение вопроса и, что еще важнее с точки зрения сути исследования, - риски потери «независимости» независимой переменной. В основе принятия решения о допустимости запрета политической партии по причине того, что она является недемократической, уже лежит определенное понимание демократии – процедурное или сущностное. Запрет недемократических партий и запрет пересмотра некоторых конституционных положений – это составные части одного и того же сущностного подхода,

⁷⁹⁸ См.: Harvey P. Militant Democracy and the European Court of Human Rights // European Law Review. 2004. No.3. P.408; Kelsen H. Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics // The American Political Science Review. 1948. Vol.42.

⁷⁹⁹ См.: Bourne A.K., Bértoa F.C. Op. cit. P. 234.

вводящего элементы «самозащиты» демократического конституционного порядка. Соответственно, предположение, что процедурные демократии демонстрируют меньше готовности к запрету партий, больше напоминает тавтологию, нежели гипотезу, которая была проверена с помощью выяснения корреляции между независимой и зависимой переменной.

Возвращаясь к анализируемому исследованию, заметим еще, что гипотеза о значении исторического опыта авторитарного правления для готовности к запрету недемократических партий не была подтверждена, а, напротив, столкнулась с вызовом. Как указывают авторы, аргументы к запрету партий были одинаковыми для стран, имевших такой опыт, и стран, не имевших его. Больше того, было замечено, что хотя некоторые «новые» демократии шли на запрет тех партий, которые как раз и осуществляли авторитарное правление в предшествующий период, это все-таки делали не все из них. Это не говорит о том, что исторический опыт не имеет отношения к проблеме запрета партий; это показывает, скорее, что необходимо «более тонкое понимание роли исторической памяти и ее мобилизации в политических целях»⁸⁰⁰.

Эти две работы хорошо показывают особенности статистических исследований. Во-первых, вопрос в них в принципе ставится таким образом, чтобы относиться к широкому кругу государств, вовлечение которых позволяет вернуться к идее замены эксперимента наблюдением за разными уже существующими конституционными порядками. Как и при анализе малого количества случаев, наблюдение за большим количеством государств не означает возможности произвольно задавать значение независимых переменных, чтобы проверить, как изменение их будет влиять на изменение зависимой переменной, но, по крайней мере, наблюдая значимое число объектов, можно увидеть соответствующие вариации, хотя и не заданные исследователем, а существующие объективно, помимо его воли.

⁸⁰⁰ Ibid. P. 236.

Во-вторых, важнейшая черта касается особого понимания причинных связей между явлениями. Если в рамках каузального исследования в русле анализа ситуаций ставится задача обнаружить необходимые и достаточные причины интересующего исследователя явления, либо возможные комбинации обстоятельств, приводящие к некоторому результату, то статистическое исследование позволяет говорить о вероятных последствиях действия независимых переменных. Каждому отдельному случаю при этом не придается большого значения – значение имеет, какой эффект, в среднем, имеет та или иная независимая переменная⁸⁰¹. Именно потому, что речь идет об усредненных эффектах, генерализация полученного статистически значимого результата не вызывает затруднений.

В-третьих, отличным образом производится и оценка наблюдаемых результатов. Для *case-study* принципиальной является привязка сравниваемых объектов к определенной концепции конституционно-правового института. Соответствие или несоответствие ей института, наблюдаемого в конкретном государстве, лежит в основе итоговых оценочных суждений. Такая схема соответствует представлениям о прескриптивном характере положений конституционного права. Даже если условия социальной среды определенным образом воздействуют на конституционно-правовой институт – это еще не финальное замечание исследования, а причина оценить специфику модели и, возможно, определить пути ее совершенствования. Статистическое же исследование концентрируется на операционализации и использовании индикаторов, которые должны измерить то или иное конституционно-правовое явление. По этим индикаторам и производится оценка этого явления⁸⁰².

⁸⁰¹ См.: Mahoney J., Goertz G. A Tale of Two Cultures: Contrasting Quantitative and Qualitative Research // *Political Analysis*. Vol. 14. 2006. P. 232.

⁸⁰² См.: *Ibid.* P. 244.

Сама по себе сложность перевода конституционно-правовых институтов в численные показатели не должна быть преувеличена⁸⁰³. На приведенных выше примерах легко заметить, что конституционно-правовые институты (их наличие или отсутствие) могут быть переведены в бинарную систему исчисления. Кроме того, конституционно-правовые нормы имеют количественные эффекты⁸⁰⁴. Существует также возможность ввести непрямую оценку всей суммы нормативных установлений по определенному вопросу через некоторые количественные показатели⁸⁰⁵. Таким образом, померить и оценить право в количественных показателях вполне реально⁸⁰⁶.

Другое дело, что, как было показано, за этим может стоять некоторое упрощение и потеря концептуального анализа конституционно-правового института. Кроме того, если иметь в виду прескриптивные цели анализа конституционно-правовых норм, то простое описание корреляций между различными (правовыми и внеправовыми явлениями) должно быть дополнено

⁸⁰³ О проблеме «измерения», действительно важной, когда речь идет о правовых институтах см.: Spamann H. Large-Sample, Quantitative Research Designs for Comparative Law // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 57. 2009. No. 4. P. 806-810.

⁸⁰⁴ Количество запретов партий из приведенного исследования – только один из возможных примеров. Другой пример – количество парламентских расследований, а равно и других контрольных мероприятий, определяемых, в том числе, и правилами их инициирования. Практический результат исследования такого типа см.: Троицкая А. Парламентская оппозиция в системе разделения властей: организационные гарантии и доступные инструменты // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2011. № 1. С. 73-74. Суть тут в том, что такие данные позволяют связать правовые нормы с их эффектами и вдобавок интегрировать представления о нормах права и их реализации. См.: Spamann H. Op. cit. P. 808.

⁸⁰⁵ Например, вся сложность правил обезболивания нуждающихся в этом пациентов, производства и использования в медицинских целях наркосодержащих препаратов, процедур назначения и контроля за применением таких препаратов на практике может быть сведена к цифрам, показывающим количество разовых доз опиоидных анальгетиков на миллион человек в сутки, используемых в различных государствах с сопоставимым уровнем заболеваемости болезнями, требующими обезболивания. Большой разброс значений этого показателя в отсутствие медицинского его объяснения – уже сигнал о том, что в указанной сфере правового регулирования есть проблемы.

⁸⁰⁶ Что не означает, в то же время, что это всегда просто сделать. Возьмем для примера исследование, анализирующее в числе прочего уровень востребованности федеративной формы устройства. Если судить по количеству федераций (в процентном соотношении к общему числу государств), то точка максимум пройдена в середине XX века. См.: Law D.S., Versteeg M. The Declining Influence of the United States Constitution // *New York University Law Review*. Vol. 87. 2012. No. 3. Однако в литературе был предложен и другой индикатор – количество людей, которое живет именно в федерациях. Тогда может быть сделан вывод о том, что федерализм как выбор территориального устройства в мировом масштабе находится на подъеме. См.: Choudhry S. Method in Comparative Constitutional Law: a Comment of Law and Versteeg // *New York University Law Review*. Vol. 87. 2012. No.6.

соображениями о том, как именно системы могут (если могут) быть настроены, чтобы получить в итоге желательный с конституционно-правовой точки зрения результат.

Проведение статистических исследований в конституционном праве обнаруживает еще ряд сложностей, требующих внимания.

Объяснение социальных феноменов, в том числе конституционно-правовых, одной-единственной причиной (монокаузальная связь) с полным основанием может показаться проблематичным. В действительности, для появления некоторого феномена значимыми могут быть различные факторы, а также определенное их сочетание, что должно быть учтено при отборе переменных.

Явным образом обнаруживает себя проблема контроля за тем, чтобы независимые переменные действительно были независимыми (для зависимой переменной, а также друг для друга). Если же переменные взаимосвязаны, что для конституционно-правовых положений вполне вероятно, требуется адекватный учет значения каждой переменной для итогового результата исследования.

Опасность состоит также в том, что на роль индикаторов будут взяты не те переменные, которые действительно определяют конституционно-правовой результат (или являются следствием действия конституционно-правового института), а те, которые получилось обнаружить для большого количества государств; с большим разбросом конституционных систем всегда есть риск рассматривать в качестве таких переменных не настоящие причины и следствия, а то, что было удобно взять на эту роль с учетом возможностей сбора информации. Здесь проявляет себя и субъективный фактор – отбор переменных отражает стремление конкретного исследователя взглянуть на тот или иной элемент конституционной реальности под определенным углом зрения. Научная задача может быть поставлена таким образом, чтобы изучить объект в системе выбранных взаимосвязей, но по всей видимости,

статистическое исследование не аннулирует вероятность того, что в итоге исследователь увидит именно то, что хотел увидеть.

Конечно, проверка эффектов на большом количестве государств и введение контрольных переменных, призванных изолировать ложные корреляции, все же дают некоторый вклад в надежность итоговых результатов. Однако здесь появляется вопрос, насколько выборка действительно велика. Для конституционного права это вопрос не праздный, особенно если речь идет об изучении объектов, количество которых привязано к количеству государств⁸⁰⁷. Государств в мире всего около двухсот. Даже если считать непризнанные страны и зависимые территории – число стран не выйдет за пределы трехсот. Добавление к сравнению диахронного измерения может еще добавить объектов исследования, но этот путь нельзя признать простым с учетом необходимости сбора релевантной достаточно точной информации по интересующим исследователя переменным. Как мы видели, в статистические конституционно-правовые исследования иногда включается даже меньшее количество государств; контрольная группа объектов тем более оказывается незадействована. Тут с неизбежностью появится вопрос о том, не будут ли полученные эффекты просто случайными. Статистические исследования в принципе дают вероятностные знания. Чем меньше объектов включается в конституционно-правовое исследование, тем меньше надежность итоговых выводов именно со статистической точки зрения⁸⁰⁸.

Из изложенного становится понятно, что использование для целей сравнения в конституционном праве исследований обоих типов – анализа ситуаций и статистического – имеет свою пользу, но связано и с

⁸⁰⁷ Условно говоря – если речь идет об органах конституционного контроля, а не об их решениях, которых могут быть сотни и тысячи в одном государстве. Ряды некоторых объектов могут быть более значимы для целей статистического исследования, но для исследования таких объектов, естественно, должна быть сформулирована своя задача.

⁸⁰⁸ Для применения статистических методов принципиальное значение имеет погрешность, связанная со случайными флуктуациями наблюдаемой величины. Эти флуктуации тем сильнее, чем меньше объектов в изучаемой выборке: например, в случае распределения Пуассона со средним значением n относительная величина флуктуаций падает как $1/\sqrt{n}$ с ростом n . См., напр.: Пуассон С.Д. Исследования о вероятности приговоров в уголовных и гражданских делах. Берлин, 2013.

ограничениями. Исследование в русле анализа ситуаций при всем внимании к целостной картине функционирования и даже объяснения конституционно-правовых институтов, рассматриваемых в определенном контексте, сталкивается с проблемами, когда речь заходит о генерализации выводов – их распространении на иной контекст. В свою очередь, статистическое исследование, ориентированное на получение генерализованного знания относительно взаимосвязей между явлениями, несет с собой проблемы упрощения картины конституционно-правовой действительности и сложности оценки точности полученных результатов.

В связи с этим можно с полным пониманием отнестись к звучащим в литературе указаниям на то, что в науке конституционного права следует развивать исследования обоих типов – и *small-N*, и *large-N* изыскания. За подобными призывами просматривается стремление воспользоваться преимуществами каждого из типов исследований и по возможности нивелировать те их особенности, которые следует отнести если не к недостаткам, то к сопутствующим ограничениям для итогового результата. При этом речь идет не только о том, что каждое из этих направлений по отдельности может принести свою пользу, но и о том, чтобы сочетать оба подхода.

По мысли одного из авторов, статистическое исследование в конституционном праве представляет собой богатый источник информации, которая может быть использована для отбора более узкого круга юрисдикций и дальнейшей работы с ними уже с помощью традиционных методов анализа отдельных случаев⁸⁰⁹. Результаты работы по конфигурации качественного исследования, в свою очередь, могут быть использованы для формулирования и дальнейшей проверки статистическим методом гипотез относительно причинных связей между явлениями. Поскольку речь идет о достаточно разных схемах работы с данными, необязательно одни и те же люди должны воплощать в жизнь такую идею. Выше уже обсуждались варианты

⁸⁰⁹ См.: Choudhry S. Method in Comparative Constitutional Law. P. 2086.

использования коллективных усилий для того, чтобы конституционно-правовое исследование с использованием сравнительного метода могло быть осуществлено даже тогда, когда требуется понимание сложного контекста действия правовых институтов в разных государствах и достаточный уровень «погружения» в соответствующую правовую и внеправовую материю может быть обеспечен только с помощью инсайдеров. Когда речь идет о сочетании различных схем познания, ориентир на коллаборацию будет тем более уместен. В отсутствие таких коллабораций исследователям остается (тоже значимая) возможность использовать достижения, зафиксированные в самостоятельных работах других авторов.

Суммируя, следует подчеркнуть, что выбор исследователем базового подхода к использованию сравнительного метода в конституционном праве проявляет себя на всех стадиях применения этого метода. Контролируемое комбинирование преимуществ догматического, функционального и культурологического подходов позволяет определять, какие именно стороны конституционно-правового явления будут изучены и в какой конфигурации исследование будет построено.

Сосредоточенность на формально определенных нормах права или включение в некотором объеме в исследование иных социальных явлений; обращение к малому количеству случаев или поиск статистически значимых корреляций; концентрация на описании, объяснении или оценке выявленных особенностей конституционно-правовых моделей – никакая из этих конфигураций исследований не претендует на то, чтобы являться неким идеальным стандартом использования сравнительного метода, но каждая может быть по-своему полезна и значима в контексте поставленных целей. Для сохранения эвристической пользы сравнения большое значение имеет удержания контроля над различными составляющими исследования.

На всех стадиях сравнительного исследования отчетливо проявляет себя субъективная составляющая делаемого выбора. Целый ряд сравнительных работ в науке конституционного права подтверждает возникающее ощущение того, что центром исследования являются не конституционно-правовые институты как таковые, а фигура исследователя, определяющего ключевые вопросы, смыслы обращения к опыту тех или иных государств, центральные объекты своего интереса и параметры для их сопоставления, объяснения, поддержки или критики. Творческое начало, которое тем самым привносится в сравнительное исследование, не должно быть недооценено; вместе с тем, оно не приравнивается к потере управления отдельными составляющими процесса сравнения. Скорее, наоборот, неустранимость творческого субъективного начала предопределяет акценты на правилах применения сравнительного метода.

В частности, использование сравнительного метода возвращает исследователя к необходимости критически оценивать различные пути познания, в том числе видеть ограничения, связанные с индуктивными схемами работы с эмпирическим материалом. Обращение к практике функционирования конституционно-правовых институтов требует теоретической основы, привязки к концептам науки, в противном случае использование сравнительного метода рискует быть сведено к схематичному перечислению, какие институты где встречаются.

Понимание связи между выбранной конфигурацией исследования и теми результатами, которые она в принципе может дать, и недвусмысленное определение компаративистом тех целей, которые он ставит перед собой, круга отбираемых данных и критериев для их сравнения означает возможность оценивать полученные результаты и соответствие их изначальным задачам, а также, что немаловажно, - дает вклад в понимание аудиторией степени надежности полученных результатов. Сама многогранность конституционно-правовой материи требует для сохранения и развития научного ее освоения

своего рода коммуникации между различными исследователями. Уточнение вопроса, который ставит перед собой исследователь, объяснения выбора им стран и дальнейших шагов в рамках исследования будет способствовать такой коммуникации.

Глава 5. Сравнительный метод в решениях органов конституционного контроля⁸¹⁰

Выше было показано, что с помощью сравнительного метода могут быть достигнуты различные цели, включая прагматичные цели совершенствования национального конституционного порядка, причем как в части правовых норм, так и в части правоприменения.

Применительно к современным конституциям было замечено, что на всех стадиях их «жизненного цикла» задействованы сравнительные материалы – и при создании, и при последующей интерпретации. В рамках данной работы мы сосредоточимся на тех методологических вопросах, которые связаны с использованием сравнительного метода органами конституционного контроля в процессе применения и толкования ими конституции – по двум причинам.

Во-первых, именно эта деятельность, с одной стороны, проливает свет на некоторые обстоятельства принятия конституций (в том числе на факты заимствования отдельных положений в момента создания конституции), а с другой стороны, показывает развитие конституционных положений (как заимствованных, так и оригинальных), сопряженное с определением граней между сохранением конституционной идентичности отдельных политических сообществ и распространением конституционно-правовых идей в глобальной перспективе. Тем самым, деятельность органов конституционного контроля, включающая применение сравнительного метода, - это объект, исследование которого позволяет выявить, каким образом на практике решения органов государственной власти дают вклад в развитие конституционализма в результате заимствования иностранного опыта, причем на самом высоком уровне – на уровне интерпретации положений основного закона.

⁸¹⁰ При подготовке главы была использована работа: Троицкая А.А., Храмова Т.М. Использование органами конституционного контроля зарубежного опыта // Государство и право. 2016. № 8. С. 5-22.

Во-вторых, несмотря на уже упоминавшиеся особенности академической работы и той работы, которую выполняет судья, есть в этой работе и нечто общее – исследование, имеющее целью поиск смыслов конституционного текста и раскрытие их применительно к конкретным конфликтным ситуациям, требующим конституционно-правового ответа. С формально-юридической точки зрения решение органа конституционного контроля как решение властное, непосредственно осуществляющее защиту конституции, ее высшей юридической силы и прямого действия, обеспечивающее ограничение властей, гарантирующее права и свободы личности, не может быть поставлено в одном ряду с академическими трудами. Но с содержательных позиций решение органа конституционного контроля выступает как источник конституционно-правовой доктрины, содержит разрешение не только практических, но и теоретических вопросов и имеет высокий уровень идейно-концептуальной насыщенности⁸¹¹. Иными словами, органы конституционного контроля, осуществляя правосудие и воздействуя на правовую систему, одновременно влияют на развитие науки конституционного права⁸¹². То, каким образом в их деятельности сочетается применение методов обоснования публично-властного решения и научных методов исследования, представляет несомненный интерес.

Судьи органов конституционного контроля часто сталкиваются с необходимостью решения сложных конфликтов, правовой ответ для которых не является ни очевидным, ни единственным. Для поиска решения, а также убедительного его обоснования судьями используются различные источники аргументации⁸¹³. К числу таких источников может быть отнесена и правовая практика зарубежных государств. В рамках еще более радикального подхода

⁸¹¹ См.: Бондарь Н., Джагарян А. Прямое действие Конституции: генерация и гарантирование конституционным правосудием // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 3. С. 66; Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991-2001): очерки теории и практики. М., 2001. С. 7.

⁸¹² См.: Выдрин И.В. Конституционный Суд и развитие науки конституционного права // Вестник Уральского института экономики, управления и права. 2015. № 2. С. 75.

⁸¹³ Об особенностях различных топов, то есть источников аргументации см.: Соболева А.К. Юридическая аргументация // Аргументация в праве и морали / под ред. Е.Н.Лисанюк. М., 2018. С. 159-182.

сравнительная интерпретация называется в качестве пятого метода толкования конституции (дополняющего грамматический, систематический, исторический и телеологический)⁸¹⁴.

Рассматривая различные конфликты, многие органы конституционного контроля обращаются в своих решениях к иностранному опыту, причем в последние десятилетия эта практика развивается все активнее. Естественно, степень и периодичность такого обращения не одинакова для органов конституционного контроля разных стран, но многими учеными обоснованно подчеркивается существование определенных тенденций, требующих теоретического осмысления⁸¹⁵. Речь идет о том, чтобы создать систематизированное представление о базовых предпосылках, определяющих допустимость цитирования иностранных конституционно-правовых решений (или, напротив, затрудняющих такое цитирование), складывающихся с учетом этих предпосылок подходах различных судебных органов, преследуемых при этом целях и – в итоге – значениях и перспективах обращения к сравнительному методу на практике.

Теоретически интерес представляет всякое обращение судов к зарубежному опыту, однако его изучение на практике затрудняется сложностью сбора эмпирического материала по решениям различных органов конституционного контроля, которые к тому же не всегда достаточно четко конкретизируют, к каким именно нормативным, правоприменительным или доктринальным иностранным источникам (и даже – каких именно стран) они обращаются. В науке существуют отдельные исследования по этим вопросам, в частности нельзя не отметить уже упоминавшуюся работу, посвященную

⁸¹⁴ См.: Häberle P. Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective // The Future of the European Judicial System in Comparative Perspective / Ed. by I. Pernice, J. Kokott, Ch. Saunders. Baden-Baden, 2006. P. 66.

⁸¹⁵ См., напр.: Alford R.P. In Search of a Theory for Constitutional Comparativism // UCLA Law Review. 2005. Vol. 52; Halmai G. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / Ed. by M. Rosenfeld, A. Sajó. Oxford, 2012. P. 1330. О проблеме теории, идущей вслед за практикой, а не опережающей ее, см. также: McCrudden C. Judicial Comparativism and Human Rights // Comparative Law / Ed. by E. Örücü, D. Nelken. Hart Publishing, 2007. P. 372.

использованию конституционными судьями решений их иностранных коллег⁸¹⁶, на которую мы можем опираться, не пренебрегая, вместе с тем и другими известными случаями обращения судов к иностранным нормам, практике и доктрине. Следует подчеркнуть, что доступными для исследования являются случаи явных ссылок органов конституционного контроля на зарубежный опыт, хотя в действительности возможно и более широкое обращение судов к нему, остающееся за рамками текста итогового решения.

Далее будет рассмотрена практика обращения конституционных судей именно к иностранным источникам, формально не являющимся обязательными для них. Проблемы использования судами международно-правовых инструментов, являющихся для государств обязательными, останутся за рамками исследования (хотя решения наднациональных судов сами по себе дают выход и на опыт зарубежных стран).

Поскольку российский Конституционный Суд, в целом проявляющий сдержанность в обращении к иностранным источникам, все же не чужд тому, чтобы иногда ссылаться на них, а в июле 2015 года принял Постановление, в котором впервые использовал технику цитирования конкретных решений иностранных судебных органов⁸¹⁷, специфика его обращения к зарубежному опыту будет соотнесена с общетеоретическими представлениями относительно факторов, влияющих на создание практики подобного обращения, целей использования судами зарубежного опыта и общих подходов к осмыслению цитирования.

⁸¹⁶ См.: The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges / Ed. by T. Groppi, M.-C. Ponthoreau. Oxford, Portland, 2013. Данные по частоте обращения органов конституционного контроля конкретных стран далее будут приведены именно по этой книге.

⁸¹⁷ См.: Постановление от 14 июля 2015 года № 21-П. Речь идет именно о точном указании на конкретные судебные решения, принятые за рубежом, причем в Постановлении, принятом большинством, а не в особых мнениях отдельных судей.

§ 1. Общие предпосылки и практика использования органами конституционного контроля сравнительного метода

В научных исследованиях, посвященных использованию органами конституционного контроля опыта зарубежных стран, предлагается с некоторой долей условности относить эти органы к *трем* группам, а именно – к тем, кто использует такой опыт часто; или умеренно; или редко (и даже никогда)⁸¹⁸. При этом речь идет об оценках, сделанных хотя и на основе некоторых статистических данных, собранных в отношении разных судов⁸¹⁹, но в отсутствие однозначных количественных критериев (например, установленных в виде порога, показывающего, какой процент решений органа содержит ссылки на опыт других государств, и позволяющих при конкретных показателях этого порога относить суд к соответствующей группе). Одни лишь количественные показатели и не могут описывать все тонкости обращения судов к зарубежному опыту – не только из-за сложности подбора соответствующего эмпирического материала и возможных статистических погрешностей, но также из-за специфики различных видов решений разных органов конституционного контроля, «неравномерности» обращения этих органов к зарубежному опыту в отдельные временные периоды и по разным категориям дел, а главное - неоднозначности той роли, которую могут играть те или иные ссылки при формулировании судами своих собственных выводов. По этой причине количественные показатели нуждаются в дополнительном анализе с позиции факторов, влияющих на процесс, в результате которого суды оказываются в разных точках непрерывной прямой, протянувшейся от тех из них, кто использует зарубежный опыт в большинстве своих решений⁸²⁰, до тех,

⁸¹⁸ См.: Saunders Ch. Judicial Engagement with Comparative Law // Comparative Constitutional Law / Ed. by T. Ginsburg, R. Dixon. Cheltenham, Northampton, 2011. P. 573.

⁸¹⁹ Обращает на себя внимание, что данные эти по большей части разрозненные, поскольку по отдельным судам они собираются разными авторами за разные годы и по разным категориям дел.

⁸²⁰ Например, Верховный суд Намибии со ссылками на зарубежных коллег в 93 % решений по делам конституционного характера за период с 1990 года по 2008 годы, был обозначен исследователями как «импортер зарубежного права». Примером большого количества обращений к зарубежному опыту традиционно служит также Конституционный суд ЮАР (52 % решений).

кто стремится избегать его, демонстрируя к нему не только нейтральное⁸²¹, но и до некоторой степени враждебное⁸²² отношение.

Категория дела. Прежде всего, следует обратить внимание на различные категории дел, при рассмотрении которых может произойти (или не произойти) обращение к иностранным источникам. В самом первом приближении бóльший простор открывают вопросы, связанные с правами и свободами человека и гражданина. Не в последнюю очередь это связано с усилиями, предпринимаемыми отдельными государствами, региональными и универсальными международными организациями и направленными на распространение единых стандартов содержательного наполнения прав и понимания достоинства личности. В результате, стремление к восприятию иностранного опыта выглядит более естественным в случае обращения к правам, чья ценность с очевидностью способна перешагнуть государственные границы⁸²³, нежели в случае рассмотрения конфликтов, связанных с институциональными вопросами и, соответственно, спецификой структур организации публичной власти в данном конкретном государстве.

Вместе с тем, подобная линия рассуждений не должна быть абсолютизирована. Как будет показано далее, особенности становления и развития того или иного государства могут иметь эффект и для особого понимания в нем сути и значения прав и обязанностей человека или отдельных их аспектов⁸²⁴. Одновременно, в условиях, когда «миграция идей» происходит

⁸²¹ Так, в практике Верховного суда Японии в период с 1990 по 2008 годы обнаружена только одна явная и полная ссылка на иностранное решение, да и та в особом мнении (при 234 делах по конституционным вопросам, рассмотренным за указанный период, это составляет менее половины процента); это не препятствовало тому, чтобы Суд в двух других случаях делал более расплывчатые ссылки на практику «зарубежных стран», но главное – испытывал непренебрежимое «скрытое влияние» со стороны зарубежного права.

⁸²² Не просто неиспользование, а явное указание на неуместность использования зарубежного опыта содержится, например, в целом ряде решений Верховного суда США, хотя в его практике можно выделить и решения, принятые в период, когда возобладал другой подход.

⁸²³ Это же касается и проблемы ограничения прав; например, кросснациональному цитированию может способствовать обращение к принципу соразмерности ограничений, воспринятому многими правовыми порядками.

⁸²⁴ О цивилизационном подходе к правам человека, позволяющим выделить различные модели прав, см.: Богданова Н.А. Конституционное право. Общая часть. М., 2005. С. 64.

и при выборе институциональных решений (вплоть до заимствования отдельных элементов организации публичной власти) суд вполне может учитывать решения своих иностранных коллег при рассмотрении соответствующих споров⁸²⁵, хотя, возможно, в этом случае должен более внимательно относиться к выбору правопорядков со схожими институциональными характеристиками. Другими словами, обращение судов к иностранному опыту при рассмотрении того или иного круга конституционно-правовых вопросов – это часть более глобальной современной проблемы, связанной с использованием сравнительного метода в отрасли конституционного права в целом; при этом грани между задачами обеспечения основных прав и создания пригодных для этого конструкций публичной власти не являются непроницаемыми⁸²⁶. Для оценки легитимности привлечения зарубежного опыта значение имеет не столько то, какой именно вопрос разрешает орган конституционного контроля, сколько степень подробности его регулирования национальной правовой системой (которая, возможно, не оставляет много места для разногласий), его связь с особыми внутригосударственными условиями жизни, сила других источников аргументации и т.д.⁸²⁷

Релевантные конституционные нормы. Определенный потенциал формирования отношения к использованию иностранного опыта в контексте различных дел имеют и сами конституционные нормы, Нормы отдельных

⁸²⁵ См., напр.: решение Конституционного суда Литвы от 25 октября 2011 года о допустимости обратной юридической силы его решений (со ссылкой на Конституции Португалии, Польши, Словении, решения судов Австрии, Германии, Латвии и др.) // <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1113>.

⁸²⁶ В этом контексте значение имеет и информационная доступность различных правовых решений, легкость перемещений, в том числе - глобализации юридического образования. См.: Perju V. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. P. 1305.

⁸²⁷ См.: Jackson V.C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement // Harvard Law Review. Vol. 119. 2005. P.125. Как пишет автор, каковы бы ни была зарубежная практика, Конституция США требует суда присяжных, если рассматривается преступление, караемое смертью (Поправка V), а вот положение Поправки VIII относительно недопустимости жестоких и необычных наказаний «приглашает к сравнению с другими странами».

конституций могут служить своего рода приглашением к такому использованию, не указывая на это прямо⁸²⁸. Характерным примером здесь является статья 1 канадской Хартии прав и свобод, в соответствии с которой «права и свободы могут ограничиваться только нормами права в пределах, считаемых разумными, и оправданность которых может быть объяснена в свободном и демократическом обществе». По мнению некоторых исследователей, при такой формулировке «текст национальной конституции не может быть понят без сравнительного анализа»⁸²⁹; при этом нужно заметить, что, хотя на первый взгляд речь идет именно о правах, точнее, оправданности их ограничений, сравнительный анализ может также потребоваться и при оценке правил функционирования органов публичной власти в свободном и демократическом обществе⁸³⁰.

Мировой практике известны случаи более однозначных указаний на возможность обращения к иностранным правовым инструментам. Так, Конституция государства «прописки» одного из лидеров по числу ссылок на зарубежный опыт – Конституционного суда ЮАР – содержит в статье 39 прямое указание, в соответствии с которым при толковании Билля о правах любой суд может учитывать, помимо прочего, *право зарубежных стран*⁸³¹. Поскольку тут же уточняется, что «при толковании любого законодательства и при разработке общего права или обычного права каждый суд... должен

⁸²⁸ См.: Saunders Ch. Judicial Engagement with Comparative Law. P.574.

⁸²⁹ Bryde B.-O. The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue // Markesinis B., Fedtke J. Judicial Recourse to Foreign Law. New-York, 2006. P. 306.

⁸³⁰ Так, в деле, в котором Верховный суд Канады заложил основы применения статьи 1 Хартии, в контексте обсуждения презумпции невиновности были рассмотрены также вопросы о правилах сборах и оценки доказательств правоохранительными органами (в том числе со ссылкой на решения Верховного суда США). См.: R. v. Oakes, [1986] 1 SCR 103 // <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>.

⁸³¹ Есть мнение, что Конституция ЮАР содержит еще одно положение, в заметной степени определившее обращение Конституционного суда к сравнительному методу, - положение о том, что при толковании Билля о правах суд «должен руководствоваться ценностями, которые лежат в основе открытого и демократического общества, основанного на человеческом достоинстве, равенстве и свободе» (п. «а» ч. 1 ст. 39). Конкретизация концепции такого общества в рамках рассмотрения дел требовала обращения к опыту стран, которые обычно называют в числе открытых и демократических. См.: Roux T. The Dignity of Comparative Constitutional Law // Acta Juridica. 2008. P. 190.

соответствовать духу, букве и целям Билля о правах», норма об учете права зарубежных стран имеет даже большее значение, чем это может показаться на первый взгляд⁸³². Использование этой нормы на практике было поддержано в одном из ранних решений Конституционного суда, в котором судья Элби Сакс подчеркнула следующее обстоятельство: «Мы – это новый суд, установленный новым образом для работы с новой Конституцией... Мы нуждаемся в развитии соответствующего южно-африканского способа работы с нашей Конституцией, такого, который начинался бы с самой Конституции, признавал бы путь, посредством которого она появилась, ее язык, дух, стиль и внутреннюю логику, интересы, которые она защищает, и исполненный боли опыт, против которого она направлена, ее место в развитии нашей страны, нашего общества и нашей правовой системы, и ее существование как *части глобального развития конституционализма и прав человека*»⁸³³.

В действительности, высказанное соображение имеет значение не только для ЮАР; оно выводит нас на достаточно распространенную ситуацию, когда некоторые давно существующие или вновь учрежденные органы конституционного контроля считают нужным (даже и в отсутствие однозначного конституционного разрешения) опереться в своих решениях на опыт других государств, прошедших похожий путь конституционного развития/обновления или имеющих устойчивую традицию функционирования конституционных институтов. Это может быть связано с принадлежностью государства-«реципиента» зарубежного опыта к определенному геополитическому региону; усвоенными им специфическими историческими уроками; в том числе в части заимствования элементов правовой системы⁸³⁴;

⁸³² Единственным примером нормы в национальной конституции с еще более четким указанием зарубежных источников является норма статьи 11 Конституции Малави, которая устанавливает, что, интерпретируя Конституцию, суд, «где это применимо, считается с действующими нормами публичного международного права и сопоставимой практикой иностранных судов».

⁸³³ См.: State v. Mhlungu and Others, (CCT25/94) [1995] ZACC 4 // <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/4.html>

⁸³⁴ Отдельного внимания заслуживает судебная практика стран, некогда имевших колониальные связи с другими государствами. С учетом заимствования базовых элементов правовой системы

обстоятельствами принятия его собственной конституции (включающими участие в работе над ней представителей наднациональных структур и заимствование конституционных институтов из иностранных систем)⁸³⁵, необходимостью для органа конституционного контроля, функционирующего в условиях «переходного» периода утвердить свое положение в системе разделения властей или разработать определенную модель какого-либо конституционного правового института с опорой на авторитет уже зарекомендовавших себя структур⁸³⁶.

Роль суда в интерпретации конституции. В литературе существуют позиции, связывающие обращение судей к сравнительному методу с разделяемыми ими представлениями о том, каковы их задачи и пределы деятельности в процессе интерпретации конституции. Соответствующие представления призваны дать ответ на вопрос о легитимности прямых ссылок на зарубежный опыт и необходимы для глубокого понимания того эффекта, который оказывает распространение сравнительной методологии в конституционном правосудии на развитие конституционализма в целом. Это тем более важный вопрос, что он находится в русле базовой дискуссии, касающейся «контрмажоритарной дилеммы» (*countermajoritarian dilemma*) – дилеммы, связанной с тем, что органы конституционного контроля по самой сути своих полномочий имеют возможность «опрокинуть» волю текущего политического большинства. В данном случае этот вопрос осложняется тем, что речь идет не просто о признании неконституционным обычного закона; сравнительные аргументы могут использоваться для уточнения толкования

другого государства, не удивительно, что бывшие колонии обращаются к решениям своей прежней метрополии. В этом случае интересен, скорее, опыт, показывающий критическое восприятие зарубежных источников, а также расширение «географии» цитирования. О ситуации, например, в Австралии, Канаде, Индии см.: The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges. P. 13-98.

⁸³⁵ В частности, это предопределило положение Конституционного суда Намибии, широко цитирующего в том числе коллег из ЮАР.

⁸³⁶ Это особенно верно для государств, прежде не имевших собственно судебного конституционного контроля, в том числе постсоциалистических. См., напр., анализ стратегии использования зарубежного опыта, добровольно избранной Конституционным судом Венгрии на начальном этапе его функционирования: Dupré C. Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity. Oxford, 2003.

собственно конституции, а это ставит проблему соотношения конституционного правосудия и учредительной власти. Как отмечается в одной из работ, есть определенная грань между интерпретацией конституции и созданием ее новой версии «с черного хода»⁸³⁷, тем более осуществляемого с использованием сравнительного метода, особенно если вовлечение этого метода происходит (как, за некоторыми исключениями, обычно и бывает) без специального «разрешения» со стороны конституции.

Если кратко осветить некоторые теоретические подходы к восприятию использования зарубежного опыта в практике конституционных судов в привязке с приводимыми выше (в главе второй) общими подходами к сравнению, то можно увидеть следующее.

Фундаментальный вопрос состоит в том, вправе ли судья, разрешающий внутренний конституционно-правовой конфликт, интерпретируя национальную конституцию, опираться на доводы, высказываемые судьями других судов по поводу «чужих» конституционных текстов. Ответ зависит от того, какой теоретической модели интерпретации конституции придерживается большинство судей (либо судья-автор решения).

Сторонники оригинализма и теории судейской сдержанности⁸³⁸ не видят необходимости и потенциала в заимствовании готовых решений или аргументов извне и предлагают преодолевать конституционные коллизии, ориентируясь исключительно на внутригосударственные правовые источники⁸³⁹.

Связанная с оригинализмом или любыми другими соображениями убежденность в том, что возникающая правовая проблема должна быть решена исключительно на основе отечественных правовых источников, пересекается с

⁸³⁷ См.: Marquesinis B., Fedtke J. Op. cit. P. 7.

⁸³⁸ Теория судейской сдержанности (*judicial restraint*) призывает суд доверять законодателю как органу, представляющему народ, и в целом ориентироваться на его видение конституции, за исключением случаев, когда законодательное решение посягает на фундаментальные права и свободы граждан.

⁸³⁹ См. Alford R.P. Op.cit. P. 644-645.

культурологическим подходом к сравнению в той его части, которая ориентирована на уникальность каждой правовой системы, неповторимость условий социальной среды, в которой создается и функционирует право. Если исходить из того, что политико-правовые и культурно-исторические условия, окружающие принятие решения конкретным судом, несопоставимы с иностранными, то с этих позиций действительно сложно обосновать обращение к зарубежному опыту для принятия властных решений внутри своей системы, даже при том, что зарубежный опыт рассматривается как имеющий силу исключительно убеждения.

В свою очередь, представители прагматичного подхода к толкованию конституции не видят преград для использования в этом процессе преимуществ сравнительного метода⁸⁴⁰. В представлении прагматиков изучение практики других государств ведет к тому, что национальный суд перенимает положительный опыт, вписывающийся в национальный конституционный контекст, и сознательно отвергает решения, приведшие в других странах к нежелательным последствиям. Как отмечал один из самых убежденных сторонников прагматичного подхода в Верховном суде США судья Стивен Брейер, конституционным судам свойственно обмениваться опытом, поскольку все они сталкиваются с одинаковыми проблемами и вооружены аналогичными правовыми инструментами для их решения⁸⁴¹.

Прагматичный подход имеет много общих черт с *функциональным* подходом, в рамках которого считается, что решение конституционно-правовой проблемы должно быть нацелено на устранение самой сути противоречия и быть абстрагировано от географического контекста⁸⁴². С точки зрения функционализма, суды осознают единство функций конституционно-правовых институтов, имеющих в разных странах различное текстуальное оформление, и

⁸⁴⁰ См.: Ibid. P. 692.

⁸⁴¹ Breyer S. Reflexions Relatives Au Principe De Fraternelle. Speech to the 30th Congress of the Association of French-Speaking Constitutional Courts (June 20, 2003) // http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewsspeech/sp_06-20-03.

⁸⁴² См.: McCrudden C. Op.cit. P. 374-375, 391.

поэтому могут заимствовать друг у друга решения, обеспечивающие эффективную реализацию национальными конституционными положениями этих основополагающих функций⁸⁴³.

Перспективы развития конституционализма. Отношение национального органа конституционного контроля к релевантности для него зарубежного опыта также зависит от того, каким он видит вектор дальнейшего развития конституционализма в мире. Здесь между собой конкурируют два подхода к конституционной интерпретации - *универсализм* или *плюрализм*⁸⁴⁴.

В рамках универсализма обращение судей к зарубежному опыту является одним из проявлений широкомасштабного феномена глобализации практик современного конституционализма⁸⁴⁵. Универсализм до некоторой степени коррелирует с прагматизмом и предполагает, что национальная правовая система может обогатиться посредством заимствования «лучших практик» из других правопорядков⁸⁴⁶. Задачей суда при изучении зарубежного опыта является поиск универсального (либо наиболее распространенного) в мировой практике подхода к решению конкретной правовой проблемы и имплементация этого подхода во внутреннее конституционное законодательство. В рамках теории универсализма развивается «положительный» компаративизм, о котором подробнее будет сказано ниже. Больше того, некоторые авторы полагают, что обращение судов к «сравнительному предпрятию» в принципе имеет смысл только тогда, когда они признают универсальность некоторых конституционно-правовых идей (например, прав человека); в противном

⁸⁴³ См.: Tushnet M. Possibilities of Comparative Constitutional The Law // The Yale Law Journal. 1999. Vol. 108, No. 6. P. 1228; Сондерс Ч. На пути к глобальному конституционному генофонду // Сравнительное конституционное обозрение 2016. № 6. С. 113.

⁸⁴⁴ См.: McCrudden C. Op.cit. P. 374.

⁸⁴⁵ Choudhry S. Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation // Indiana Law Journal. Vol. 74. 1999. No. 3. P. 821.

⁸⁴⁶ См. Hirschl, R. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law // American Journal of Comparative Law, 2005. Vol. 53, No. 1. P. 128.

случает оно превращается в невразумительную деятельность (*unintelligible enterprise*)⁸⁴⁷.

Такая позиция рискует поставить чрезмерно узкие рамки для использования сравнительного метода органами конституционного контроля, в том числе путем привязывания этого метода к естественно-правовым установкам, лежащим в основе универсалистских конструкций. Как отмечалось выше, на уровне мировоззренческих позиций и основанного на них целеполагания идеи универсальных принципов конституционного права заслуживают внимания и могут быть обоснованы при достаточной степени абстрагирования от контекстно обусловленных различий возникающих в разных системах правовых проблем и путей их решения. Однако нет уверенности, что органы конституционного контроля должны абстрагироваться от таких различий. Скорее, наоборот, их деятельность по разрешению конфликтов предполагает определенную степень детализации как сути этих конфликтов, так и содержания относящихся к делу норм. Соответственно, сводить использование ими сравнительного метода только к поискам общих черт конституционных порядков было бы неверно. Фокус на особенности социальной среды появления тех или иных правовых решений также может принести свою пользу для урегулирования реальных спорных ситуаций.

Эти соображения разделяют и сторонники плюралистического подхода (который, по всей видимости, не противоречит теории глобального конституционализма, а скорее усложняет и дополняет ее), полагающие, что сравнительный метод позволяет понять особенности национальной правовой системы, осмыслить ее глубинные ценности, и прийти к оптимальному решению проблемы через методы сопоставления, противопоставления или активного диалога с зарубежными коллегами. Однако в отличие от сторонников универсализма, настроенных оптимистично по отношению к перспективам «положительного» заимствования, для апологетов плюралистического подхода

⁸⁴⁷ См.: Legarre S. Op. cit. P. 93, 109.

возможны три варианта обозначения национальным судом своей убежденности в ценности конституционного многообразия: отказ от использования сравнительного метода как такового; обращение к зарубежному опыту для формирования четкого понимания особенностей национального конституционного контекста и обоснования неприменимости к нему подходов, предлагаемых зарубежными правовыми порядками («отрицательный» компаративизм); заимствование специфического опыта отдельной страны или группы стран, демонстрирующих историческую, географическую, культурно-языковую и т.п. близость с государством-реципиентом («положительный» компаративизм).

Эти варианты показывают продуктивность соображения, высказанного одним из канадских судей: при использовании опыта других государств судьи «должны относиться с осторожностью к слишком охотному проведению параллелей между конституциями, появившимися для разных наций, в разное время и в очень разных обстоятельствах»; иностранный опыт поэтому «должен рассматриваться как инструмент, а не как хозяин»⁸⁴⁸. За этим соображением во всяком случае стоит понимание того, что даже при сходстве норм, ценности, стоящие за ними, могут отличаться для разных правовых культур.

Таким образом, ни универсализм, ни плюрализм нельзя обвинить в «невразумительности»; просто эти подходы по-разному преподносят преимущества обращения к зарубежному опыту: универсализм видит в нем путь к единообразию, а плюрализм – к многообразию конституционных практик. При этом ни та, ни другая теория не отвергают сравнительный метод как таковой, но отводят ему неодинаковую роль в развитии конституционализма, подчеркивая сходства между социальными задачами и гипотетическими правовыми ответами на них, либо акцентируя и объясняя различия.

⁸⁴⁸ R. v. Rahey, [1987] 1 SCR 588 // <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/215/index.do>

Специфика двух подходов может быть проиллюстрирована на примере дела *Роупер против Симмонса*⁸⁴⁹, рассмотренного Верховным судом США. В этом деле Суд повторно вернулся к вопросу о допустимости применения смертной казни в отношении лица, являвшегося несовершеннолетним на момент совершения преступления; на этот раз решением большинства такая практика была признана нарушающей Поправки VIII и XIV Конституции США, причем существенная часть аргументации оказалась связана с использованием сравнительного метода⁸⁵⁰. Обратившись к опыту зарубежных государств, Верховный Суд обнаружил практически полное их единодушие по рассматриваемому вопросу: «только семь государств, кроме США, исполняли смертные приговоры в отношении несовершеннолетних преступников с 1990 г.: Иран, Пакистан, Саудовская Аравия, Йемен, Нигерия, Демократическая Республика Конго и Китай. С тех пор каждое из этих государств либо отменило смертную казнь для несовершеннолетних, либо публично осудило подобную практику. Суммируя, честно будет сказать, что Соединенные Штаты в настоящее время остаются одиноки в мире, который отвернулся от смертной казни несовершеннолетних». По выражению Суда, мнение мирового сообщества, хотя не предопределило его выводы, все же обеспечило достойное уважения и значимое их подтверждение. Отметим, что движение к позиции, которая может считаться универсальной, проявляет себя в этом решении вполне отчетливо. Напротив, в особом мнении судьи Скалиа указывалось, что Суд подменил собственное решение (которое должно основываться на консенсусе, действующем в американском обществе) анализом практики других государств, где, возможно, у обвиняемых нет таких гарантий

⁸⁴⁹ *Roper v. Simmons*. 543 U.S. 551 (2005) // <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/543/551.html>.

⁸⁵⁰ На полтора десятилетия раньше Верховный суд вынес решение, в соответствии с которым наказание в виде смертной казни для лица, достигшего только 17 лет на момент совершения преступления, было признано не нарушающим Поправку XVIII. См.: *Stanford v. Kentucky*. 492 U.S.361 (1989) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/361/>. При этом Суд явным образом «отбросил» позицию заявителя «о том, что к делу относится практика вынесения приговоров, существующая в других странах».

справедливого судебного разбирательства; судья особенно подчеркнул практику функционирования в США суда присяжных⁸⁵¹. Это был сильный (и достаточно эмоциональный) демарш, направленный на возвращение к плюралистическим идеям.

Правовая семья. В литературе подчеркивается значение и еще одной тенденции применительно к демонстрируемой судами различных государств разной степени готовности к участию в межгосударственном диалоге. Речь идет о том, что в рамках англосаксонской правовой семьи идея заимствования решений иностранных судов в принципе воспринимается лучше, чем в рамках романо-германской, по следующим причинам, суммированным в литературе⁸⁵².

Во-первых, общее право само по себе предполагает, что дела разрешаются с опорой на решения по более ранним делам, которые считаются аналогичными⁸⁵³; общие принципы, которые могут быть индуктивным образом выведены из уже решенных дел, применяют к новым делам достаточно гибко. Отсюда следует, что суды имеют определенное *усмотрение* в вопросе о том, на основе каких норм следует решать конкретную конфликтную ситуацию. До некоторой степени это усмотрение связано доктриной прецедента, но в то же время сама эта доктрина позволяет считать судей создателями права; кроме того, конструкция обязывающих прецедентов (*binding precedents*) не исключает рассмотрения в деле также и прецедентов, не являющихся таковыми, если с учетом обстоятельств дела они представляются *убедительными*⁸⁵⁴. Будучи

⁸⁵¹ Roper v. Simmons , Justice Scalia, dissenting.

⁸⁵² Подробное сопоставление двух систем см.: Saunders Ch. Judicial Engagement with Comparative Law. P. 575- 580. Отметим, что некоторые факторы, способствующие применению сравнительных аргументов в судах системы общего права, релевантны также для судов смешанных правовых систем. Например, Верховный суд Израиля относится к числу тех, кто исключительно активно ссылается на зарубежные решения, хотя и ограниченного круга стран. Данные о практике и ее обосновании см.: Levush R. The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments: Israel // <https://www.loc.gov/law/help/domestic-judgment/israel.php>.

⁸⁵³ См.: Common Law Theory / Ed. by Edlin D. Cambridge University Press, 2007. P. 102, 116.

⁸⁵⁴ Об источниках, чей потенциал связан с убедительностью, а не формальной обязательностью см.: Glenn P. Persuasive Authority // McGill Law Journal. 1987. Vol. 32. No.2. О том, что решения, принятые в других странах, могут иметь для национальных судов «силу убеждения» см.: O'Connor S.D. Remarks

продолжен, такой прагматичный подход позволяет суду обращаться к опыту других юрисдикций так же, как и к опыту своей собственной, что и открывает путь внешнему влиянию.

Во-вторых, значение имеет форма судебных решений, принимаемых в рамках действия общего права и содержащих, как правило, развернутое обоснование выбора и способа применения правовых источников, на основе которых решается дело, что обеспечивает понимание значения предыдущих прецедентов, а также перспектив использования рассматриваемого дела в качестве прецедента в будущем. К этому следует добавить идею о том, что каждый судья имеет право и обязанность представить свои особые аргументы, если не считает возможным присоединиться к общему мнению. Соответственно, применительно к общему праву констатируется перенос «центра тяжести» для концепции нормы права с идеи «команды» на идею «обоснования», что также облегчает использование в прагматических целях иностранного опыта.

В-третьих, органы конституционного контроля в странах, где признано общее право, обычно осуществляют конкретный контроль в условиях существования спора между двумя и более сторонами и используют если не исключительно, то в основном именно аргументы сторон. Если стороны ссылаются на опыт других государств, можно ожидать отражения в итоговом решении соображений суда относительно этого опыта.

Наконец, специфика самих конституционных споров актуализирует три упомянутых аргумента, поскольку наличие в современных конституциях применимых к этим спорам норм общего характера (включая нормы-цели, нормы-дефиниции, нормы-принципы) делает необходимым расширение интерпретационных возможностей суда, в том числе за счет обращения к иностранным решениям.

Напротив, континентальная правовая система предполагает решение правовых споров на основе применения формально определенных, имеющих обязательную юридическую силу законодательных норм, что имеет эффектом иное понимание роли суда в этом процессе (правоприменительный, а не правотворческий орган), иное восприятие соотношения между формально обязательными источниками и источниками, являющимися просто убедительными (четкое стремление к использованию норм, имеющих обязательный характер), и иной (более директивный) стиль самих решений. В рамках такой системы есть суды, для которых совокупность этих обстоятельств оставляет сравнительно мало места для цитирования опыта иностранных государств⁸⁵⁵.

Следует оговориться, что речь идет действительно лишь о некоей тенденции, которая не может быть корректно понята без существенных уточнений. С одной стороны, мы можем видеть, что на практике некоторые «континентальные» органы конституционного контроля все же используют иностранный опыт при рассмотрении дел. Это не в последнюю очередь связано с тем, что обозначенные выше специфические черты положения судов в системе общего права, открывающие путь к иностранным решениям, отчасти присущи и конституционным судам (особенности конституционных норм и конституционных споров; формирование решений, значение которых приближается к прецедентам⁸⁵⁶; изменение стиля в сторону развернутого обоснования решения и представление особых мнений; возможность отразить в тексте решения ссылки на зарубежный опыт, который приводили стороны или

⁸⁵⁵ Это особенно хорошо видно на примере Конституционного совета Франции, сама структура решений которого (построенная по типу силлогизма) затрудняет обращение к иностранным правовым инструментам. Вместе с тем, один только стиль текста решения не является определяющим для использования судом сравнительного метода. Во-первых, если бы стремление использовать сравнительный метод было велико, стиль можно было бы корректировать. Во-вторых, решения некоторых судов (например, Федерального конституционного суда ФРГ) по стилю вполне позволяют цитирование иностранного опыта, а цитирования все-таки не происходит, или происходит очень редко.

⁸⁵⁶ О потенциале сближения различных правовых систем применительно к этой проблеме см.: Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2003. С. 39.

судья-докладчик по делу). С другой стороны, в числе судов, демонстрирующих достаточно сдержанное отношение к потенциалу использования сравнительного метода, есть и те, которые функционируют в рамках англосаксонской системы.

К числу последних можно отнести, например, Верховный суд США. Как можно заметить, в его решениях неоднократно было акцентировано отсутствие преимуществ рассуждений, опирающихся на иностранные источники⁸⁵⁷. Собственно, правильно было бы сказать, что в практике Верховного Суда США сменялись этапы различного отношения к сравнительному методу толкования Конституции, в значительной степени определяемые конкретным составом Суда. Один из наиболее последовательных противников использования Верховным судом США иностранного опыта, судья А.Скалия, указывал на то, что «сравнительный анализ не уместен в деле толкования конституции»⁸⁵⁸, и не менял свою позицию, даже оставаясь в меньшинстве. При решении дела, связанного с действовавшим в одном из штатов запретом на гомосексуальные связи (одного из дел, демонстрирующего поворот к использованию сравнения и решенного большинством⁸⁵⁹ со ссылкой на постановления ЕСПЧ, которыми аналогичные запреты были признаны нарушающими Конвенцию о защите прав человека и основных свобод⁸⁶⁰), судья Скалия снова подчеркнул, теперь уже в своем особом мнении, что обращение Суда к иностранным позициям (причем

⁸⁵⁷ Это не мешало Суду ссылаться на английское право во многих случаях, особенно на ранних этапах его функционирования. См., напр.: *United States v. Wilson* 32 U.S. (7 Pet.) 150 (1833) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/32/150/case.html>; *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1879) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/99/130/case.html>; *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/case.html>, и др. Базовое родство соответствующих правовых систем, а также стремление подчеркнуть сходства и различия между двумя системами правления, создавали предпосылки для этого. См.: Spertl A. *United States of America: First Cautious Attempts of Judicial Use of Foreign Precedents in the Supreme Court's Jurisprudence* // *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. P. 395.

⁸⁵⁸ *Printz v United States*, 521 U.S. 898 (1997) // <https://www.law.cornell.edu/supct/html/95-1478.ZO.html#FNSRC11>

⁸⁵⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html#opinion-pdf>

⁸⁶⁰ См., напр.: *Dudgeon v. United Kingdom*. App. no. 7525/76, Judgment of 22 October 1981 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473#%7B%22itemid%22%3A%22001-57473%22%7D>

именно тем из них, которые подтверждали позицию большинства при игнорировании опыта стран, не декриминализировавших содомию) представляет собой бессмысленную и притом опасную сентенцию, поскольку «Суд не должен применять иностранные настроения, прихоти и модные установки к Америке»⁸⁶¹.

Это мнение разделяют далеко не все в США и даже собственно в Верховном суде, некоторые годы деятельности которого отмечены, как уже говорилось, более лояльным отношением к цитированию иностранных решений⁸⁶². Тем не менее, эта критика нетривиальна тем, что представляет собой своего рода квинтэссенцию замечаний, звучащих в адрес заимствования зарубежного опыта органами конституционного контроля. В рамках данной работы нет задачи разбирать все замечания подробно⁸⁶³; заметим только, что на практике наиболее активно обсуждаются проблемы, связанные с 1) (не)легитимностью обращения к зарубежным источникам, особенно неприемлемого с позиции оригиналистской теории толкования конституции, предполагающей, что суд должен максимально близко следовать намерениям ее создателей, а не иным, тем более «внешним» соображениям⁸⁶⁴; 2) (не)ограниченным расширением свободы судейского усмотрения, вытекающей из возможности суда воспользоваться любым из всего многообразия существующих в мире решений, в том русле, в каком ему это желательно, и пренебречь теми решениями, которые по каким-либо причинам кажутся неподходящими, при том, что аргументы в пользу сделанного выбора суд

⁸⁶¹ Lawrence v. Texas, Justice Scalia, dissenting.

⁸⁶² Кроме приведенного уже дела можно назвать, напр.: Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/case.html>; Roper v. Simmons 543 U.S. 551 (2005) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/> и др. К этому можно добавить и многочисленные более ранние решения, содержащие ссылки на иностранное право, особенно принятые на первоначальном этапе функционирования Верховного суда, когда его практика еще находилась на этапе становления. См.: Sperti A. Op.cit. P.403.

⁸⁶³ Примечательный обзор возражений и возможных вариантов ответа на них см.: Tushnet M.V. When Knowing Less Better than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law // Minnesota Law Review. 2006. Vol. 90. P. 1276-1302.

⁸⁶⁴ См.: Levinson S. Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections // Texas International Law Journal. 2004. Vol. 39. P. 360.

представляет далеко не всегда⁸⁶⁵; 3) (не)возможностью обеспечить корректное сравнение, то есть определить релевантность и пределы применения иностранного опыта и обеспечить своеобразие развития собственной правовой системы, обусловленное целым рядом причин, в том числе исторического, политического, экономического характера.

Заметим здесь же, что при желании все эти возражения могут быть преодолены: последние два представляют собой скорее предупреждение против рисков некорректного использования зарубежного опыта, нежели констатацию полной невозможности его применения, а первое требует понимания конкретных целей и задач, которые стоят за цитированием иностранных источников. Позиция, в соответствии с которой конституция выступает «единственным каноном конституционности»⁸⁶⁶, проста и понятна; она, однако, не учитывает, что смыслы и эффекты конституционных норм могут быть неочевидны в так называемых сложных случаях (с которыми как раз и сталкивается орган конституционного контроля чаще всего) и что

⁸⁶⁵ Как сказал Дж. Робертс, будучи кандидатом на должность председателя Верховного суда США, «в иностранном праве вы можете найти все, что хотите. Если этого нет во французских или итальянских решениях, это есть в Сомали, или Японии, или Индонезии, или где-то еще... И на самом деле это расширяет свободу усмотрения судьи». См.: Confirmation Hearing of the Nomination of J.G. Roberts to Be Chief Justice of the United States // <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CHRG-ROBERTS/pdf/GPO-CHRG-ROBERTS.pdf>. Куда более саркастично судья Скалиа представил логику судьи, обращающегося к зарубежному опыту за дополнительными аргументами: «Я хочу сделать определенную вещь; я должен придумать, как это обосновать. Я должен что-то написать – знаете, что-то, что выглядит так, как будто это писал юрист. Я должен процитировать *что-то*. Я не могу процитировать более раннее американское решение, потому что я собираюсь опрокинуть два столетия практики. Я не могу процитировать законы американского народа, потому что только восемнадцать из тридцати восьми штатов, имеющих смертную казнь, говорят, что нельзя оставить присяжным решать, является ли подсудимый умственно неполноценным и должно ли это иметь значение. И поэтому – боже, какой же источник мне использовать?.. У меня есть решение интеллигентного человека из Зимбабве или еще откуда-нибудь, вот их я и возьму, и их я процитирую. Ей-богу, это выглядит юридически грамотно!.. И это само по себе ведет к манипулированию». См.: Dorsen N. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer // International Journal of Constitutional Law. 2005. No. 4. P. 531.

⁸⁶⁶ Эта позиция была высказана в одном из решений Конституционного суда Испании. См.: Sentencia 12/2008, 29.01.2008 // <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2008-3852>. Заметим, что обозначенное решение было своего рода «флуктуацией» среди совсем иной практики, поскольку и до, и после этого решения испанский Конституционный суд использовал сравнительный метод. См.: Tenorio P. Comparative Law in the Decisions of the Spanish Constitutional Court // Percorsi Costituzionali. 2017. No. 3. P. 903-918.

сравнительный метод в такой ситуации может быть полезен для исследования способов разрешения конфликта, даже если источники знания об этих способах не имеют для суда обязательной юридической силы. Ссылка на зарубежные правовые решения всегда остается в ранге *obiter dictum*, и не может подменять анализ правовых норм отечественной системы⁸⁶⁷; тем не менее, это не подрывает идеи допустимости и пользы обращения к сравнительному методу.

С учетом всех обстоятельств, которые располагают к использованию иностранного опыта, а также имеющихся возражений против такого использования, следует признать, что на появление в конкретном государстве традиции ссылаться или не ссылаться на зарубежный опыт влияет не какой-то один решающий фактор, а, скорее, их комбинация, точнее - комбинация отношения к различным соображениям за и против заимствования иностранных решений. Существенную роль играют также конкретные цели цитирования, а также связанные с ними базовые теории интерпретации, используемые органами конституционного контроля и влияющие на конечное отношение конкретного суда к использованию иностранных источников. Наконец, следует учитывать, что органам конституционного контроля случается изменить свое отношение к использованию сравнительного метода, во всяком случае в том, что касается «верхушки айсберга», то есть прямого цитирования зарубежных норм и практик в решениях. По-видимому, тут в полной мере проявляют себя не только особенности рассматриваемого дела, но и влияние конкретного состава суда, то есть взглядов на релевантность сравнительного метода находящихся в должности судей.

⁸⁶⁷ См.: Legarre S. Towards a New Justificatory Theory of Comparative Constitutional Law // Strathmore Law Journal. Vol. 1. 2015. No. 6. P. 105.

§ 2. Цели и правила обращения органов конституционного контроля к зарубежному опыту

Когда речь идет об органах конституционного контроля, из тех целей использования сравнительного метода, которые были приведены в главе третьей работы, наиболее естественно было бы выделить цель, связанную с прагматичным заимствованием иностранных доктрин, институтов или практик. Однако ее стоит детализировать с учетом той специфики, которую имеет разработка судебной доктрины в сравнении с академическим конституционным правом. Характеристика целей использования органами конституционного контроля зарубежного опыта важна для определения значения сравнительно-правового аргумента в общей структуре судебской аргументации, и, как следствие, для общего вывода о легитимных пределах обращения национальных конституционных (верховных) судов к опыту иностранных государств.

Цели использования органами конституционного контроля зарубежного опыта условно можно разделить на две основные группы, первая из которых – «содержательное цитирование» – связана с основной задачей суда по разрешению правовой коллизии, а вторая – «стратегическое цитирование» – является, скорее, элементом судебской «дипломатии» и позиционирования суда в национальной системе организации власти и в системе взаимодействия с международными органами.

«Содержательное» цитирование. Прежде всего, речь идет о поиске оптимального *решения*. Сталкиваясь со сложной конституционно-правовой проблемой, в отношении которой национальная конституция не содержит однозначных норм, ведущих к единственно допустимому решению, орган конституционного контроля обращается к опыту зарубежных коллег в поиске вариантов решения аналогичных правовых коллизий.

В рамках рассматриваемой цели суд стремится изучить практику большого числа государств и составить целостное представление о спектре

существующих в мире подходов к решению проблемы. Примечательно, что именно судьи органов конституционного контроля подчеркивали соответствующий смысл обращения к кросс-культурному анализу. Так, судья Брейер, признавая существование политических и структурных различий между различными системами, выступал в пользу того, что опыт других стран «может, тем не менее, пролить эмпирический свет на последствия *различных решений* (выделение добавлено. – А.Т.) на общую правовую проблему»⁸⁶⁸. По замечанию А.Барака, «важность сравнительного правоведения заключается в расширении горизонта понимания судьи»⁸⁶⁹. Схожую позицию выразил судья Конституционного суда ЮАР Часкалсон в решении по делу об отмене смертной казни⁸⁷⁰, указав, что «международные и иностранные инстанции в данном случае имеют значение, поскольку они анализируют аргументы за и против смертной казни и демонстрируют, каким образом суды в других юрисдикциях решали этот болезненный вопрос». Конституционная истина для национальной правовой системы устанавливается посредством анализа реальных последствий того или иного решения, проявившихся в схожих условиях в других правовых системах. Как отмечается в литературе, преимущества использования сравнительного метода особенно заметны в тех государствах, где орган конституционной юстиции обладает ограниченными полномочиями по сбору доказательств и тестированию своих гипотез⁸⁷¹.

В качестве примера использования зарубежного опыта с целью выработки оптимального решения приведем Постановление Конституционного

⁸⁶⁸ Breyer S. Keynote Address // Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law). Vol. 97. 2003. P. 266.

⁸⁶⁹ Barak A. The Judge in a Democracy. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006. P. 198.

⁸⁷⁰ The State v Makwanyane and Another. 1995 (3) SALR 391 (CC) // <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>. Примечательна фраза судьи, оставленная им в начале решения и показывающая, что Суд действительно столкнулся с необходимостью решить задачу, не решенную при разработке Конституции: «Безусловно, было бы лучше, если бы создатели Конституции определили, допускается ли смертная казнь в случаях, установленных законом, или она запрещена. Однако этого не было сделано, и Суду надлежит решить, соответствует ли такое наказание положениям Конституции. Таковы сфера и пределы полномочий Суда в данном деле» (п. 5).

⁸⁷¹ Fontana D. Refined Comparativism in Constitutional Law // UCLA Law Review. 2001. Vol.49. P. 553.

суда Литовской Республики от 28 сентября 2011 года⁸⁷², в котором по запросу группы депутатов Сейма проверялась конституционность определения «семьи», сформулированного в Государственной концепции семейной политики. В тексте решения аргументы, основанные на анализе внутреннего законодательства, а также практике Европейского Суда по правам человека, дополняются исследованием практики органов конституционного контроля зарубежных государств, которые сталкивались с проверкой содержания понятия «семья». Кратко изложив выводы конституционных судов Чешской Республики, Республики Словения, Республики Хорватия, Венгрии, Федерального конституционного суда Германии и Конституционного совета Франции по вопросу о том, какие отношения признаются государством в качестве семейных, Конституционный суд Литовской Республики составил «общую картину» существующих подходов к решению проблемы и на ее основе выбрал и обосновал широкий подход к пониманию семьи как официально зарегистрированного или фактически сложившегося союза между мужчиной и женщиной (хотя в числе приведенных им позиций были и те, которые выступали в пользу если не узкого понимания семьи, то по крайней мере, преференций для семьи, базирующейся на браке).

Собственно, указание на широкий круг подходов, воспринятых в других государствах, – это ключевой маркер того, что орган конституционного контроля пытается отыскать именно решение проблемы, а не просто аргументы в пользу уже сделанного выбора. Некоторые подходы с необходимостью оказываются отринуты, но и они дают свой вклад в процесс выбора, поскольку позволяют подчеркнуть вариативность регулирования и преимущества и недостатки различных вариантов.

Итогом обращения к зарубежному опыту в рамках рассматриваемой цели является заимствование самого решения проблемы. Как только суд

⁸⁷² The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Ruling of September 28, 2011 // <https://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1112/content>.

определяется с итоговым решением, аргументация строится по правилам и традициям, сформировавшимся в конкретном правопорядке, и может, хотя и необязательно, содержать ссылки на отдельные доводы/ремарки зарубежных коллег, аргументацию по аналогии или эмпирические данные, приведенные в иностранных решениях.

Возникает вопрос, какой логикой руководствуется орган конституционной юстиции при выборе собственного – «оптимального» – решения на основе имеющейся информации о несвязывающих его подходах зарубежных государств. В отличие от понятной стратегии следования обязательным принципам и нормам международного права, отношение национального суда к зарубежному опыту может строиться менее очевидными путями: либо на принятии наиболее распространенного или убедительно аргументированного подхода как «правильного» или «справедливого» решения, либо на противопоставлении собственного понимания конституционного блага стандартам, выработанным в других государствах.

Кроме того, в рамках «содержательного» цитирования речь идет о поиске *аргументов* для обоснования решения. Результаты сравнительного анализа могут быть использованы конституционным судом в качестве дополнительного аргумента для обоснования решения, уже выработанного на основе иных аргументов. Когда суд использует зарубежный опыт с целью усиления собственной аргументации, ему может быть интересен не итоговый вывод иностранного суда или законодателя, а отдельные промежуточные доводы либо конкретные теоретические или эмпирические доказательства. Значение сравнительного аргумента и его соотношение с другими – формальными и содержательными – аргументами, используемыми для обоснования судебного решения, могут варьироваться, позволяя говорить о «положительном» и «отрицательном» использовании сравнительного метода.

В ряде случаев орган конституционного контроля обращается к зарубежному опыту, чтобы показать, что аргумент, приводимый в итоговом

решении, ранее уже использовался иностранными судьями, а потому заслуживает доверия. В литературе такое использование сравнительного метода получило название «положительного» («*positive*») компаративизма⁸⁷³. Например, в решении Конституционного суда Испании, в котором проверялись на соответствие Конституции положения резолюции, принятой каталонским законодательным органом и утверждающей Декларацию суверенитета Каталонии⁸⁷⁴, была использована ссылка на решение Верховного суда Канады по вопросу об отделении Квебека⁸⁷⁵. Параллель в данном случае достаточно очевидна. Декларация суверенитета была принята со ссылкой на резолюцию Каталонии 2012 года, в которой, в числе прочего, утверждалась «необходимость для каталонского народа иметь возможность свободно и демократически определять свое коллективное будущее посредством референдума». Верховный суд Канады рассматривал вопрос о допустимости сепарации Квебека в одностороннем порядке после того, как Национальное собрание Квебека приняло закон, содержащий будущий план действий, направленных на отделение от Канады, на случай, если в ходе референдума, проведенного на территории Квебека, население поддержит эту идею. Подробно проанализировав значение положений части 2 статьи 1 («Носителем национального суверенитета является испанский народ, источник государственной власти») и статьи 2 («Конституция основана на нерушимом единстве испанской Нации, общем и неделимом Отечестве всех испанцев; она признает и гарантирует право на автономию для национальностей и регионов, ее составляющих, и солидарность между ними») испанской Конституции и подчеркнув, что автономия отнюдь не равна суверенитету, Конституционный суд заложил вполне основательный фундамент для решения о том, что

⁸⁷³ См.: Fontana D. Op. cit. P. 551.

⁸⁷⁴ См.: Sentencia 42/2014, 25.03.2014 //

[https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/STC%2042-2014E\(2\)%20%20DECLARACION%20SOBERANISTA%20%20SIN%20ANTECEDENTES.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/STC%2042-2014E(2)%20%20DECLARACION%20SOBERANISTA%20%20SIN%20ANTECEDENTES.pdf)

⁸⁷⁵ См.: Reference re Secession of Quebec. [1998] 2 S.C.R. 217 //

<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.pdf>.

каталонская Декларация суверенитета противоречит общегосударственной Конституции (п.3). Указание на то, что такой же вывод был сформулирован Верховным судом Канады в решении, где он постановил, что проект одностороннего отделения, представленный одной из его провинций, противоречит Конституции Канады и международному праву, было призвано подчеркнуть корректность понимания испанским Судом пределов права автономий самостоятельно принимать решения относительно своего политического будущего.

Использование зарубежного опыта с указанной целью связано с заимствованием доказательств, подтверждающих доводы национального органа конституционной юстиции. В сущности, для суда может не иметь принципиального значения, на опыт каких государств сослаться, – этот вопрос решается, в том числе, с опорой на рассмотренные выше традиции цитирования – важны, скорее, логика и содержание аргументов иностранных коллег, демонстрирующие, что выбранная линия аргументации в принципе не является из ряда вон выходящей и может иметь поддержку.

Значение обращения к зарубежному опыту возрастает, если у суда недостаточно собственных аргументов, основанных на традиционных и воспринятых им способах толкования конституции и законодательства (грамматическом, историческом, системном и др.), для убедительного обоснования решения.

Конечно, когда цель состоит в сборе максимального числа мнений, подтверждающих правильность выводов национального конституционного суда, подборка цитируемых зарубежных источников не создает полного представления о многообразии подходов к решению проблемы. Суд не заинтересован в изложении взглядов и соображений иностранных коллег, отличных от его собственных, и формально не обязан быть объективным в представлении сравнительного материала. Предостережения об избирательности цитирования приводят некоторых авторов к сомнению в

наличии какой-либо реальной пользы от ссылок на зарубежный опыт, демонстрирующий сходство с позицией национального органа конституционной юстиции. Как отмечается в литературе, «мы можем быть воодушевлены тем, что другие развитые страны согласны с нами, но, помимо этого, нельзя сказать, что это наблюдение имеет значение. Только различия ставят суд перед потенциально интересной дилеммой»⁸⁷⁶.

Действительно, в отличие от «положительного» цитирования, когда цель обращения к сравнительному материалу не вызывает сомнений, случаи цитирования «негативного» опыта иностранных коллег, заслуживают, в нашем представлении, более пристального внимания и детального рассмотрения.

Под «отрицательным» компаративизмом (негативным цитированием, цитированием *a contrario*) понимается использование в конституционном правосудии иностранного опыта в качестве демонстрации неподходящего аргумента (строго говоря, «отрицательный» компаративизм усматривается и тогда, когда речь идет об отбрасывании не отдельного аргумента, но и способа разрешения правовой коллизии)⁸⁷⁷. Как уже отмечалось, некоторые исследователи полагают, что отрицание зарубежного опыта важнее для развития конституционного сознания, чем позитивное копирование; отрицание может стать важным шагом в процессе определения сущностных характеристик национальной конституции⁸⁷⁸. Изучение и привлечение зарубежного опыта в данном случае помогает конституционному суду не только в достижении конкретной цели, связанной с разрешением конституционно-правовой коллизии, но и в приближении к глубокому пониманию системы внутренних конституционных ценностей и ее соотношению с иными системами.

⁸⁷⁶ Levinson S. Op.cit. P. 360.

⁸⁷⁷ Stone A. Comparativism in Constitutional Interpretation; The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges. P. 9; Fontana D. Op.cit. P. 551.

⁸⁷⁸ Подробнее см.: Шеппели К.Л. Конституционализм заимствования и отвержения: изучение кроссконституционного влияния с помощью негативных моделей // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3.

Соответственно, наиболее сложные и неоднозначные случаи негативного цитирования связаны с обоснованием национальным конституционным судом отказа следовать зарубежной практике, объясняемого не недостатками решений государств-«доноров», а уникальными чертами конституционной системы государства-«реципиента», понятиями конституционной идентичности и самобытности, не позволяющими следовать мировым или конкретным зарубежным тенденциям.

Негативное цитирование необходимо, чтобы продемонстрировать те варианты аргументации, которые, хотя и абсолютно приемлемы в конституционном контексте другого государства, не укладываются в рамки национальной конституционной традиции. Примером могут служить аргументы о неприменимости прецедентов Верховного суда США по проблемам федеративного устройства для разрешения конституционных коллизий в Индии, высказаны в решении Верховного суда Индии по делу *S. P. Боммай против Индии*⁸⁷⁹. Дело было связано с оспариванием режима президентского правления, введенного в ряде штатов и означающего приостановление полномочий правительства штата и прямое управление территорией из центра. Судья Ахмади, акцентировав особенности Индии как государства, нацеленного, по мысли отцов-основателей, на устранение сепаратистских тенденций и консолидирование единства и целостности страны, указал, что «применять значение слов «федерация» или «самостоятельность», используемое в контексте американской Конституции, к нашей Конституции было бы абсолютно неверно»; в частности на этой основе и оценивались пределы и сферы действия президентского полномочия, закрепленного в статье 356 Конституции Индии.

Наряду со случаями обращения конституционных судов к зарубежному опыту в целях поиска решения конституционно-правовой проблемы и сбора аргументов, усиливающих уже сформировавшуюся позицию, можно выделить

⁸⁷⁹ *S. R. Bommai vs. Union of India*, 1994 2 S.C.R. 644.

и стратегические (политические) цели использования сравнительно-правового материала, связанные с подачей конституционным судом определенного сигнала другим ветвям власти, зарубежным коллегам или гражданскому обществу в целом.

Стратегическое цитирование. Даже если орган конституционного контроля опирается в своем решении не только на аргументы, вытекающие из анализа внутренних норм и судебной практики, но и аргументы, основанные на зарубежном опыте, он все же сохраняет возможность не ссылаться на зарубежный опыт явным образом. Прямое указание на источники, не имеющие для суда обязательной силы, имеют не только содержательное, но и стратегическое значение, связанное с продуцированием определенной реакции в отношении сделанного им выбора стран, кейсов, стиля и объема изложения сравнительного аргумента. Можно выделить несколько «сигналов», посылаемых конституционным судом в процессе заимствования зарубежного опыта.

Общность правовых систем. Государства, имеющие общую правовую историю, сложившуюся в том числе по итогам заимствования основных элементов правовой системы, часто прибегают к перекрестным ссылкам на опыт друг друга, чтобы подтвердить наличие тесных связей, дружественной близости и единого вектора развития правовых систем. Характерными примерами здесь являются такие органы, как Высокий суд Австралии, Верховный суд Канады, Верховный суд Ирландии, часто цитирующие решения друг друга, а также судебных органов Соединенного Королевства, причем и в тех случаях, когда речь идет о решении конституционно-правовых проблем⁸⁸⁰. Общие правовые корни, связанные с имевшим ранее место метропольным положением Великобритании, а также специфическими отношениями внутри Содружества и полномочиями британского Тайного совета в судебной сфере, по-прежнему сказываются на практике указанных судов (и судов некоторых

⁸⁸⁰ Barak A. Op.cit. P. 203-204.

других государств), чья традиция цитирования складывалась еще в период существования Британской империи и экспортирования системы общего права.

Смена курса. Обращение к зарубежному опыту в «молодых демократиях» принято связывать с выстраиванием «репутационной» модели⁸⁸¹ для органа конституционного контроля, стремящегося подчеркнуть разрыв с недемократическим прошлым и/или демонстрацию открытости и готовность к решениям, заимствованным из стран устойчивой демократии. В литературе подчеркивается, что обращение к зарубежному опыту способно повысить внешний престиж органа конституционного контроля, даже если по каким-либо причинам собственно иностранный подход был отвергнут⁸⁸². Примером может являться изучение венгерским Конституционным судом практики Верховного суда США о допустимости смертной казни⁸⁸³.

Открытость традициям конкретных конституционных порядков в условиях ценностного раскола в собственной системе. По словам некоторых исследователей, в тех политических сообществах, которые характеризуются интенсивными дискуссиями относительно культурных ориентиров, политической аффилиации и черт коллективной идентичности, выбор иностранных юрисдикций для цитирования и для игнорирования – это важный индикатор стратегических предпочтений⁸⁸⁴. Пример стратегического выбора ориентиров для конституционного развития – это Верховный суд Израиля, который несмотря на специфику израильской правовой системы ссылается обычно на решения Верховного Суда США, Верховного суда Канады, Федерального конституционного суда ФРГ, а также решения некоторых других юрисдикций, например, Австралии, Новой Зеландии, Южно-Африканской Республики и пр., при том, что никакая из этих юрисдикций не является близкой для Израиля ни по языку, ни по правовой традиции, ни по

⁸⁸¹ См.: Schauer F. The Politics and Incentives of Legal Transplantation // Governance in a Globalizing World / Ed. by Nye J., Donahue J. Washington, 2000. P. 259.

⁸⁸² Perju V. Op.cit. P. 1318.

⁸⁸³ Decision 23/1990. (X. 31.) // <https://hunconcourt.hu/dontes/decision-23-1990-on-capital-punishment/>.

⁸⁸⁴ См.: Hirschl R. Comparative Matters. P.43.

региону⁸⁸⁵. Как пишет один из авторов, израильский Верховный суд – это пример судебного органа, задача которого заключалась в том, чтобы обеспечить юридическую связность (*coherence*) в рамках нерешенных политических противоречий конституционного порядка⁸⁸⁶.

Судейская дипломатия. Исследования выявили еще одну стратегическую цель обращения к зарубежным источникам на примере стран Азии. Проведенный в одной из работ анализ показал, что органы конституционного контроля Южной Кореи, Тайваня и Гонконга, прибегают к активному цитированию зарубежного опыта, имея в виду стратегию соревнования или сотрудничества с другими судами в вопросах достижения политических, экономических и дипломатических целей⁸⁸⁷. В частности, Конституционный суд Кореи даже основал собственный Институт конституционных исследований, чтобы обеспечить широкое использование в собственных решениях зарубежного права⁸⁸⁸.

Корректировка позиции в системе разделения властей. Практике известны случаи, когда заимствованный органом конституционного контроля определенный тип аргументации имеет серьезные последствия не только для разрешения конкретных конфликтов, но и для соотношения позиций суда и политических ветвей власти. Одним из примеров такой ситуации является восприятие Высоким судом Австралии принципа пропорциональности ограничения конституционных прав (со ссылками на решения британского и канадского верховных судов, а также доктринальные разработки судей из ФРГ и Израиля)⁸⁸⁹. В доктрине была высказана небезосновательная позиция, в соответствии с которой использование судом принципа пропорциональности,

⁸⁸⁵ Ibid. P. 43-47.

⁸⁸⁶ См.: Jacobsohn G. The Permeability of Constitutional Borders // Texas Law Review. Vol. 82. 2004. P. 1767.

⁸⁸⁷ Law D. Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy // University of Pennsylvania Law Review. 2015. No. 4. P. 943-944.

⁸⁸⁸ Ibid. P. 972-973.

⁸⁸⁹ McCloy v New South Wales [2015] HCA 34, 7 Oct 2015 // <http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2015/HCA/34>

предполагающего (пере)оценку необходимости ограничения конституционных прав (уже оцененной определенным образом законодателем), означает серьезное изменение баланса в системе разделения властей⁸⁹⁰, что для австралийского Суда может выглядеть менее тривиально, нежели для иных органов конституционного контроля (защищающих конституционные права в том числе и от текущего законодательного большинства), с учетом того, что австралийская Конституция не содержит специальной главы о правах человека и, соответственно, общих правил их ограничения и в целом демонстрирует исключительное доверие парламенту, исходя из идеи о демократической политической системе как самом эффективном гаранте прав и свобод⁸⁹¹.

Таким образом, сравнительный анализ целей обращения органов конституционного контроля к иностранному опыту показывает, что цитирование законодательства и судебных решений зарубежных государств имеет как содержательное, так и стратегическое значение; при этом обе составляющих могут пересекаться в одном решении и даже в одном цитировании. Важно не только, *какие идеи* цитирует суд, но и *чьи* идеи, *в каком контексте и объеме* и с *какими* собственными комментариями. Кроме того, особого внимания заслуживают случаи «отрицательного» цитирования как добровольного и открытого противопоставления собственных правовых решений подходам, выработанным зарубежными коллегами. Диалог (полилог) между конституционными судами демонстрирует, что обращение к нему в рамках конституционного правосудия происходит не по тем проблемам, какие могли бы быть отнесены к простым, и сравнительный метод чаще подсказывает лишь вектор движения мысли, а не готовое решение.

В целом обозначенные подходы свидетельствуют в пользу того, что в цитировании судьями органов конституционного контроля зарубежного опыта

⁸⁹⁰ См.: Henckels C. Proportionality and the Separation of Powers in Constitutional Review: Examining the Role of Judicial Deference // Federal Law Review . Vol. 45. 2017. No. 2. P. 185-186.

⁸⁹¹ Об исключительности австралийской политической системы, особенностях системы защиты прав и разделения властей см.: Храмова Т. С. Австралия: Конституция без прав и права вне Конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 24.

просматриваются некоторые черты вполне последовательного применения сравнительного метода, в том смысле, что «суды имеют тенденцию контекстуализировать цитирование с учетом того, в какой конституционно-правовой системе они находятся, и они не затрудняются с тем, чтобы различать кейс, который рассматривают, от зарубежной практики, когда это необходимо в свете национального контекста»⁸⁹². В соответствующей практике судов можно различить коллизии, имеющие выраженную связь с ценностными ориентирами данного государства, подлежащие разрешению исключительно с помощью внутренних правовых механизмов либо опыта действительно близких по ценностным ориентирам государств, и коллизии, которые рассматриваются как касающиеся общепризнанных конституционных ценностей, допускающие обращение к опыту самых разных государств. И хотя ключевое значение для судов имеет правовая аргументация, в их решениях присутствуют также «точки прорыва» политических, социальных и т.п. соображений, влияющих на итоговое отношение к зарубежным правовым инструментам.

В то же время судебная практика оставляет открытым вопрос относительно методологии выбираемых для цитирования стран и дел. В отсутствие отчетливого объяснения критериев, в соответствии с которыми производится выбор, актуализируются риски манипулирования аргументами и ущерба для легитимации решения⁸⁹³.

Помимо того, что применительно к конкретному решению, в котором произошло обращение к сравнительному методу, не всегда можно понять, по какому принципу отбирались «цитаты», есть еще одна проблема, на которую в литературе реже обращается внимание, - проблема критериев для определения того, в каких делах цитирование в принципе происходит, а в каких – суд воздерживается от компаративного анализа, по крайней мере на уровне явных указаний в тексте. Иными словами, избирательность проявляет себя не только

⁸⁹² The Use of Foreign Precedents. P. 422.

⁸⁹³ См.: Ibid. P. 422-423.

при выборе партнеров для диалога, но и при определении ситуаций, когда этот диалог считает уместным. Нельзя не заметить, что для судов тут открывается пространство, которое может быть использовано для маневра, направленного на обоснование позиции, выбранной судом по причинам, никак не связанным с компаративным научным поиском.

Поэтому следует признать справедливость поставленного в доктрине вопроса о том, какая степень тщательности использования сравнительного метода уместна, когда речь идет о таком исследователе как орган конституционного контроля. Один из способов ответить на этот вопрос состоит в заимствовании у К. Леви-Стросса идеи различения инженерной мысли и бриколяжа (*bricolage*): если инженер имеет некоторый проект и подбирает под него материалы и инструменты, то бриколяж означает использование того, что есть под руками. «Бриколер способен выполнять огромное число разнообразных задач. Но... мир его инструментов замкнут, и правило игры всегда состоит в том, чтобы устроиваться с помощью “подручных средств”, то есть на каждый момент с ограниченной совокупностью причудливо подобранных инструментов и материалов»⁸⁹⁴.

В рамках анализа способов обращения органов конституционного контроля к зарубежному опыту бриколяжем была названа такая техника цитирования иностранных решений, которая опирается на концепты, не приведенные в систему, а просто находящиеся «под рукой»; соответствующая техника рассматривается как вполне реальная альтернатива функционализму и контекстуализму, к которой могут прибегнуть органы конституционного контроля⁸⁹⁵. В рамках модели «соприкосновения» (*engagement*) (отличной как от «конвергенции», так и от «сопротивления») не предполагается, что судьи при рассмотрении каждого конфликта будут собирать весь относящийся к делу транснациональный материал, создавая на его основе всеобъемлющую картину

⁸⁹⁴ Леви-Стросс К. Неприрученная мысль // Первобытное мышление. М., 1994. С. 127.

⁸⁹⁵ См.: Tushnet M. The Possibilities of Comparative Constitutional Law // Yale Law Journal. 1999. P. 1229, 1286.

по всем вопросам конституционного права; все, что требуется от судей – расширение горизонта по какой-то проблеме, и в этом случае техника бриколяжа вполне ожидаема⁸⁹⁶.

Такая картина, основанная на достаточно скромных ожиданиях, при всей своей прагматичности, все же должна быть уточнена. Можно согласиться с тем, что от органа конституционного контроля было бы сложно ожидать представления системного сравнительного исследования всякой находящейся на его рассмотрении конституционно-правовой проблемы. Можно согласиться также с тем, что зарубежные решения им будут использованы в русле заведомо неполной выборки (*cherry-picking*). Тем не менее, обращение к кейсам даже неполной выборки должно быть пояснено хотя бы в минимальной степени – что дает с содержательной точки зрения то или иное решение, в чем его преимущество по сравнению с альтернативными вариантами, и насколько оно может быть перенесено в иную среду без потерь для своих ключевых преимуществ (либо, в рамках еще более умеренного варианта, - как именно иностранное решение влияет на уточнение или изменение интерпретации отечественных конституционных норм, и почему потребность в такой уточнении или изменении вообще возникла). Опять же, и отказ следовать распространенным в мире образцам решения конфликта должен быть не только постулирован, но объяснен, и не просто со ссылкой на некие культурные особенности, но с указанием, как именно эти особенности обосновывают сдвиг правовых подходов⁸⁹⁷.

Иными словами, по сумме приведенных соображений напрашивается вывод относительно пользы «срединного пути» для органов конституционного контроля. Вопрос не ставится так, чтобы судебное решение, вовлекающее

⁸⁹⁶ См.: Jackson V.C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York, Oxford University Press, 2010. P. 189.

⁸⁹⁷ «Это было бы слишком просто – позволить крикам о «культурных различиях» стать универсальным оправданием, которые постоянно прикрывают статус-кво от критики, основанной на сравнительном примере». См.: Langbein J.H. *The German Advantage in Civil Procedure* // *The University of Chicago Law Review*. Vol. 52. 1985. No. 4. P. 855.

зарубежный опыт, представляло собой столь же полное и последовательное сравнительно-правовое исследование, какое может быть осуществлено в академической среде. Перед судьями стоят специфические задачи, связанные с урегулированием конкретного конфликта и вдобавок принятием такого решения, которое имело бы основой действующие конституционные положения и вписывалось бы в практику самого суда. Все же хотя бы минимальное пояснение относительно того, почему тот или иной зарубежный опыт следует считать (не)релевантным применительно к конкретному делу, способно предупредить вопросы относительно легитимации принимаемого решения и выбора цитируемых юрисдикций, равно как и критические замечания по поводу возможного манипулирования аргументами. В сущности, только в этом случае использование сравнительного метода сможет привести к тому результату (убедительности выбора), ради которого он вообще привлекается.

Следует учитывать, что конкретные цели и способы обращения к зарубежному опыту избираются судом не произвольно, а на основе базовых теоретических конструкций, воспринятых им и призванных отображать его отношение к потенциалу сравнительного конституционализма, применяемого на практике.

Проведенный анализ предпосылок, целей и правил цитирования чрезвычайно важен для осмысления случаев обращения Конституционного суда России к зарубежному опыту.

§ 3. Использование Конституционным Судом Российской Федерации зарубежного опыта

Конституционный суд России никак нельзя отнести к числу судов, которые *явным образом* на регулярной основе обращаются к зарубежному опыту. Следует подчеркнуть, что речь идет именно о прямых отсылках, сделанных в самих решениях Суда (которые, собственно, и могут быть легко

обнаружены и учтены). Входящее в состав Секретариата Управление международных связей и обобщения практики конституционного контроля осуществляет информационно-аналитическое обеспечение судопроизводства в Конституционном суде по вопросам, в том числе, зарубежного права и зарубежной судебной практики конституционного контроля⁸⁹⁸. Очевидно, аккумулируемая информация может учитываться судьями в ходе принятия решений; однако точно учесть масштабы ее влияния в отсутствие явных указаний в письменных документах, принимаемых Судом, крайне затруднительно⁸⁹⁹.

Подобная практика вполне укладывается в представления о том, что орган конституционного контроля (особенно функционирующий в рамках континентальной модели) вынужден осторожно подходить к возможностям использования для обоснования своих решений источников, не имеющих для него обязательной юридической силы. Кроме того, как отмечается в литературе, значение имеет и представление о российской правовой системе как самодостаточной – по этой причине Конституционный Суд РФ также может воздерживаться от детального представления в решениях зарубежного опыта, в том числе в тех случаях, когда отечественные нормы имеют иностранные корни⁹⁰⁰.

Тем не менее, в некоторых решениях Суда все же можно обнаружить и явные ссылки на зарубежный опыт. На основе этих решений можно выделить некоторые специфические черты обращения Конституционного Суда к иностранным правовым системам, проявившиеся в тех случаях, когда такое обращение открыто обозначено в судебном акте.

⁸⁹⁸ Информацию о структурных подразделениях Секретариата и их задачах см. на официальном сайте Конституционного Суда: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Secretariat/Pages/default.aspx>.

⁸⁹⁹ Поскольку соответствующие обзоры, подготовленные Управлением, чаще всего не становятся достоянием широкой публики, оказываются крайне затруднены даже опосредованные оценки того, чей именно опыт исследовался и/или был воспринят либо отринут, и по какой причине, применительно к той или иной проблеме, стоящей перед российским Судом.

⁹⁰⁰ Belov S. Russia: Foreign Transplants in the Russian Constitution and Invisible Foreign Precedents in Decisions of the Russian Constitutional Court // *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. P. 363-364.

Круг проблем, при рассмотрении которых происходит обращение к зарубежному опыту. Использование иностранного права никогда не привязывалось Судом исключительно к вопросам, затрагивающим права человека и гражданина, хотя в ряде случаев речь шла именно о них. Например, в одном из дел, в котором иностранный опыт был упомянут, обсуждалось досрочное прекращение депутатского мандата и, соответственно, не только право граждан на участие в управлении делами государства на основе принципа равенства (ст. 19, 32), но и конституционный статус Федерального Собрания, полномочия Государственной Думы, принцип народовластия и некоторые другие идеи (ст. 3, 10, 94, 97, 103 Конституции РФ), предопределяющие решение институциональных вопросов⁹⁰¹.

Способ указания на зарубежный опыт и поиск решения/аргументов. Далее, обращает на себя внимание такой способ указания на иностранный опыт, как перечисление большого количества государств или даже указание на неопределенный их круг («зарубежные страны», «некоторые страны», «ряд стран» и т.д.). Как правило, при этом звучит идея, что иностранные государства сталкиваются с необходимостью решения той же проблемы, которая находится на рассмотрении Суда. В итоге Судом может быть выделен конкретный подход к решению проблемы (пригодный или не пригодный с точки зрения российских условий), но экскурс за рубеж может быть завершен и мыслью об отсутствии общего подхода, в результате чего смысл обращения к опыту перечисленных государств до некоторой степени теряется.

Конкретное решение было озвучено, например, в Постановлении от 17 ноября 1998 г. № 26-П. В нем был рассмотрен процентный барьер, предусмотренный также «в законодательстве ряда стран со смешанной избирательной системой». В своем решении Суд отметил, что «в странах с устойчивой многопартийной системой пятипроцентный барьер является средним показателем, позволяющим без искажения принципа

⁹⁰¹ См.: Постановление от 27 декабря 2012 года № 34-П.

пропорциональности выполнять те задачи, ради осуществления которых он вводится в пропорциональной и смешанной избирательных системах, и потому не рассматривается как чрезмерный». Подчеркнув, что в России «с ее еще только складывающейся и неустойчивой многопартийной системой пятипроцентный барьер в зависимости от различных условий может выступать и как допустимый, и как чрезмерный», Суд проанализировал данные ЦИК РФ по уже состоявшимся выборам и признал пятипроцентный барьер не нарушающим российскую Конституцию, при условии, что законодатель предусмотрит механизм, обеспечивающий участие в распределении мандатов не менее чем двум избирательным объединениям, которые при этом в совокупности получают более 50 процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании. Похожим образом в Постановлении от 22 апреля 2013 г. № 8-П Суд указал: «Признание за гражданами права на обжалование в суд итогов голосования, результатов выборов, хотя и не является общепризнанным, имеет относительно широкое распространение, в том числе в государствах с пропорциональной избирательной системой, таких как Венгрия, Германия, Италия, Казахстан, Молдова, Польша, Португалия, Сербия, Словакия, Таджикистан, Украина, Финляндия, Хорватия, Чехия, Швейцария, Эстония». И хотя далее Суд отметил, что «нормативное содержание и порядок реализации данного права в указанных странах имеют свои особенности, в основе которых лежит различный подход к установлению баланса частных и публичных интересов», налицо обнаружение правового решения обсуждавшейся проблемы, причем именно такого решения, к которому Суд уже и сам склонялся на основе анализа положений российской Конституции.

Другим примером обнаружения конкретного подхода является одно из дел о требованиях к политическим партиям, в котором Суд пришел к выводу о том, что «принцип светского государства в понимании, сложившемся в странах с моноконфессиональным и мононациональным устройством общества и с развитыми традициями религиозной терпимости - и плюрализма (что

позволяло, в частности, допустить в некоторых странах политические партии, основанные на идеологии христианской демократии, поскольку понятие "христианский" в данном случае далеко выходит за конфессиональные рамки и обозначает принадлежность к европейской системе ценностей и культуре), не может быть автоматически применен к Российской Федерации», где такое понятие как «христианский» ассоциируется именно с конфессией⁹⁰². В данном случае обращение к зарубежному опыту было необходимо, поскольку обсуждалась проблема ограничения, установленного в России для защиты определенных конституционных ценностей, и требовалось объяснить, в чем отличие российской ситуации от ситуации в тех странах, где такого ограничения нет, а конкурирующие конституционные ценности при этом не страдают; речь шла о вполне конкретных подходах к проблеме, хотя и использованных в «отрицательном смысле», то есть в том смысле, что к России они не применимы.

Напротив, в уже упомянутом выше деле о депутатском мандате Суд установил, что «правовой институт прекращения парламентского мандата вследствие нарушения депутатом запрета заниматься определенными видами оплачиваемой деятельности, не являясь универсальным, тем не менее имеет относительно широкое распространение и принят в ряде государств, например в Австрии (до 2013 года), Азербайджане, Армении, Белоруссии, Бразилии, Венгрии, Греции, Грузии, Испании, Италии, Казахстане, Киргизии, Латвии, Литве, Мальте, Молдове, Польше, Португалии, Турции, Украине, Франции, Швейцарии. Вместе с тем правовое регулирование данного института в указанных странах также различается, в связи с чем - при отсутствии соответствующего международно-правового регулирования - не представляется возможным определить какие-либо общие международные или международные региональные (в частности, европейские) стандарты в применении данного правового института». Судя по многим другим решениям Суда, особенно тем

⁹⁰² Постановление от 15 декабря 2004 г. № 18-П.

из них, в которых обсуждались институциональные вопросы, едва ли можно сказать, что он всегда ставит себе задачу устанавливать наличие или отсутствие неких общих стандартов по обсуждаемой проблеме, прежде чем переходить собственно к ее решению применительно к Российской Федерации. В данном деле Суд только подчеркнул существующие «в конституционном праве современных правовых государств» различия, по-видимому, способные быть обоснованием тому, что в России также могут существовать свои правила; однако эту идею вряд ли кто-то мог бы оспорить и без обращения к опыту иностранных государств; соответственно, вклад «сравнительного подхода» в итоговое решение выглядит сомнительным.

Выбор объектов для сравнения. В вышеприведенных случаях обширного перечисления зарубежных стран, или упоминания неопределенного их круга, или даже в случае указания одной конкретной страны, как правило, сохраняется проблема недостатка разъяснения вопроса о критериях сопоставимости правового регулирования тех или иных вопросов в разных правовых системах⁹⁰³. В итоге остается вопрос о причинах отбора тех или иных государств для обращения к их правовому опыту. Более того, сама манера обращения к нему оставляет открытым вопрос о том, насколько глубокое контекстуальное «погружение» нужно при этом осуществлять.

Таким образом, можно сказать, что в целом в практике Конституционного Суда РФ можно увидеть обращение к опыту иностранных государств в русле прагматичного подхода. Конкретные формулировки мотивировочных частей постановлений свидетельствуют о том, что иностранный опыт приводится, скорее, в ряду дополнительных аргументов для обоснования решения, причем использование такого опыта возможно как в положительном, там и в

⁹⁰³ Данное соображение прозвучало в особом мнении судьи А.Л. Кононова к Постановлению от 31 мая 2005 года № 6-П (по делу об обязательном страховании гражданской ответственности автовладельцев). Большинство закрепление соответствующей обязанности было признано не противоречащим Конституции, при этом в мотивировочной части упомянут опыт «правового социального государства с рыночной экономикой». В особом мнении аргумент к «странам с рыночной экономикой» был обозначен как некорректный.

отрицательном смысле (восприятие или отказ ему следовать соответственно). Особенно заметно, что российский Конституционный Суд неоднократно делал упор на идеях, свойственных плюралистическому пониманию функционирования правовых систем, что, как отмечалось выше, совсем не исключает возможность согласия с чужим правовым решением, но требует внимательного отношения к обоснованию этого согласия (следует добавить, что Суд отнюдь не пренебрегал этим). Одновременно практика Суда показывает сохранение для него той же проблемы, с которой сталкиваются и многие другие суды, не отказывающиеся принципиально от сравнительного метода в своей работе, а именно – проблемы обоснования выбора объектов для сравнения и демонстрации достаточности погружения в иностранную систему для того, чтобы итоговые выводы могли считаться корректными или выглядеть убедительно.

При всем том несколько особняком стоит Постановление от 14 июля 2015 года № 21-П, в котором были рассмотрены общие вопросы исполнимости решений Европейского Суда по правам человека.

Рассматривая постановления Конституционного Суда РФ, нужно заметить, что до июля 2015 года судьи напрямую цитировали решения иностранных органов конституционного контроля только в особых мнениях⁹⁰⁴. Отсюда становится ясно, что июльское Постановление Конституционного Суда – не первый случай обращения к иностранным судебным актам, но первый случай, когда это обращение отражено в постановлении большинства. Изложенные в этом Постановлении позиции четырех иностранных судов с

⁹⁰⁴ См., напр.: особое мнение судьи Казанцева к Постановлению от 16 мая 2007 г. № 6-П; особые мнения судьи Кононова к постановлениям от 25 апреля 2001 г. № 6-П и от 30 октября 2003 г. № 15-П; особое мнение судьи Гаджиева к Постановлению от 2 декабря 2013 г. № 26-П, и др. Нужно добавить, что в особых мнениях судьи используют отсылки и к иностранному законодательству, причем здесь можно увидеть более четкое выделение различных *моделей* регулирования (см., напр. особые мнения судьи Бондаря к постановлениям от 14 мая 2012 г. № 11-П и от 23 января 2007 г. № 1-П; особое мнение судьи Казанцева к Постановлению от 2 июля 2013 года № 16-П), и даже к доктринальным позициям (см., напр.: особое мнение судьи Гаджиева к Постановлению от 24 марта 2015 г. № 5-П).

очевидностью были призваны служить поддержкой основного вывода российского Конституционного Суда⁹⁰⁵.

Специфика представленных в пункте 4 мотивировочной части названного Постановления отсылок к зарубежному опыту выражается в следующем. Во-первых, Суд впервые подробно цитирует *конкретные решения* зарубежных коллег – Федерального Конституционного Суда Германии, конституционных судов Итальянской и Австрийской республик и Верховного Суда Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии. Во-вторых, Суд обращается к актам зарубежных органов конституционного контроля, решая напрямую связанную с *внутригосударственной иерархией правовых ценностей* проблему преодоления коллизий между национальной конституцией и Конвенцией о защите прав человека и основных свобод в толковании, представленном Европейским Судом по правам человека. В-третьих, несмотря на достаточно подробное цитирование зарубежных судебных решений, для Конституционного Суда России ключевое значение имеют не итоговые решения соответствующих судов⁹⁰⁶, и даже не содержание аргументов судов как таковое⁹⁰⁷, а сам факт существования за рубежом практики, свидетельствующей в пользу невозможности применения норм Конвенции *в истолковании Европейского Суда по правам человека, противоречащем национальной конституции*. И наконец, *выбор стран* для цитирования весьма оригинален и включает в себя юрисдикции, как имеющие общие черты с

⁹⁰⁵ Подчеркнем, что в рамках данной работы Постановление исследуется именно с точки зрения особенностей обращения к иностранным судебным решениям; задача анализа и оценки именно итогового решения Суда здесь не ставится. Об этом см., напр.: Бланкенагель А., Левин И. В принципе нельзя, но можно!.. Конституционный Суд России и дело об обязательности решений Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 5.

⁹⁰⁶ В частности в итоговом выводе германского Федерального конституционного суда было признано, что оспаривавшееся судебное решение, вынесенное без надлежащего учета решения Европейского Суда по правам человека, должно быть отменено, а дело подлежит новому рассмотрению. См.: Постановление от 14 октября 2004 г. по делу 2 BvR 1481/04 // http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104_en.html

⁹⁰⁷ Например, аргументы британского Верховного суда с необходимостью имеют свои особенности с учетом отсутствия писаной Конституции в этом государстве.

российской конституционной системой (ФРГ), так и крайне далекие и, казалось бы, несопоставимые по ряду параметров, а потому непригодные для заимствования (Соединенное Королевство). Несмотря на то, что в цитирование было включено четыре государства, говорить о репрезентативной подборке (тем более, что в состав Совета Европы входит 47 государств, являющихся сторонами Конвенции о защите прав человека и основных свобод и с очевидностью придерживающихся определенной позиции в вопросе об исполнении решений Европейского Суда по правам человека) в данном случае не приходится.

Возникает вопрос о целях и значении использования сравнительного метода в данном конкретном деле и в российском конституционном правосудии в целом. В первом приближении создается впечатление, что целью заимствования зарубежного опыта в Постановлении № 21-П является поиск дополнительных аргументов, подтверждающих правильность вывода российского Конституционного Суда. Однако есть некоторые сомнения в том, что по этой причине Конституционный Суд решился бы на изменение свойственного ему консервативного стиля изложения решений.

Сомнения заключаются в следующем. Во-первых, как указывалось выше, «положительный» компаративизм часто по сути ничего не добавляет к решению, а лишь пытается восполнить его недостаточно обширную доказательственную базу. Нельзя сказать, однако, что в данном деле Конституционному Суду РФ не хватало аргументов для мотивировочной части. В обоснование итогового решения были приведены и иные доводы, помимо тех, что появились в результате обращения к зарубежному опыту: это и системное толкование конституционных норм (п.2 мотивировочной части), и толкование положений международных договоров, в частности Венской конвенции о праве международных договоров (п.3 мотивировочной части), и подробный анализ правовых позиций Конституционного Суда РФ по соприкасающимся вопросам (п.5 мотивировочной части). Доводы зарубежных

судов с некоторыми вариациями повторяют логику, на которой построено Постановление, а потому, несмотря на достаточно подробное изложение, а не просто перечисление, содержательно мало обогащают позицию российского Суда. К тому же, Конституционный Суд мог черпать вдохновение в зарубежной судебной практике и без прямых отсылок к конкретным делам, что помогло бы избежать несвойственного для него прямого цитирования иностранных решений.

Во-вторых, Конституционный Суд РФ много раз доказывал и еще раз подтвердил в рассматриваемом Постановлении № 21-П, что он настаивает на недопустимости посягательства на основы конституционного строя России, а также на особой роли Конституционного Суда РФ как проводника ценностей, выводимых из буквы и духа российской Конституции (пп. 2 и 5 мотивировочной части). Тезис о том, что «Конституционный Суд хочет присвоить себе функцию сторожа моста, через который европейские правовые идеи и принципы могут проникнуть в российскую правовую систему»⁹⁰⁸ и связанные с этим перспективы соблюдения международно-правовых обязательств заслуживает отдельного обсуждения; в контексте же проблемы использования Судом зарубежного опыта следует подчеркнуть, что акцент на необходимости защиты конституционной идентичности и на роли самого Суда в этой защите, как минимум, ставит под вопрос уместность цитирования аргументов иностранных судов, сформулированных в иных конституционно-правовых условиях.

Отсюда представляется вполне вероятным, что цели обращения к зарубежному опыту в Постановлении от 14 июля 2015 года связаны не только и не столько с поиском *содержательных* аргументов, сколько с цитированием по *стратегическим* соображениям. Конституционному Суду было важно назвать страны, которые открыто выразили возможность несогласия с некоторыми позициями Европейского Суда по правам человека, и представить собственное

⁹⁰⁸ Бланкенагель А., Левин И. В принципе нельзя, но можно!... С. 157.

Постановление как одно из ряда решений европейских государств, не приветствующих его излишний активизм. Конституционный Суд РФ подчеркивает, что «*вслед за коллегами* из Австрии, Великобритании, Германии и Италии» он вносит свой вклад «в формирование сбалансированной практики Европейского Суда по правам человека» (п.6 мотивировочной части, выделение добавлено).

Это соображение делает более понятным смысл обращения Конституционного Суда к решениям иностранных коллег в данном деле. Ирония заключается в том, что Суд использовал ссылку на опыт отдельных европейских государств в рамках дела, в котором стремился подчеркнуть особенности российского конституционного правопорядка. Однако приведение позиций других судов в качестве стратегического цитирования в данном случае было вполне уместно. Если бы Суд не сослался на решения других стран, пошедших по пути отстаивания своей конституционной идентичности, Постановление могло бы быть воспринято как угрожающий снижением уровня защиты фундаментальных прав и свобод односторонний отказ государства следовать общеевропейским стандартам в этой области⁹⁰⁹. Показав, что придает значение конституционной практике Германии, Великобритании, Италии и Австрии, российский Конституционный Суд перевел спор в другую плоскость: если в самой Европе продолжается поиск консенсуса о должной роли Европейского Суда по правам человека (и Суд привел конкретные обстоятельства, призванные подтвердить это), то Россия имеет право занять сторону сильных игроков, не желающих поступаться своими

⁹⁰⁹ Не случайно в более поздних выступлениях Председателя Конституционного Суда РФ неоднократно подчеркивалось, что об этом речи в Постановлении не шло. См., напр.: Зорькин В.Д. Проблемы реализации конвенции о правах человека // <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=72>. Действительно, существует очень четкая грань между отказом выполнять решения Европейского Суда по правам человека и подчеркиванием принципа субсидиарности в его деятельности; не случайно в Постановлении подчеркнута цель не самоизоляции от решений ЕСПЧ, а поиска правомерного компромисса. Опять же, перспективы этого компромисса, в том числе в контексте принятия поправок к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации», подлежат отдельному обсуждению.

конституционными ценностями, и тем самым способствовать «дальнейшей гармонизации европейского правового пространства в этой области» (п. 6 мотивировочной части).

С момента принятия рассматриваемого постановления прошло уже достаточно много времени. Цитирование зарубежных судебных решений пока не вошло в устойчивую практику Конституционного Суда РФ. Не исключено, что Суд обратился к практике зарубежных органов конституционного контроля, поскольку этого требовали специфические обстоятельства конкретного спора, и говорить о зарождении какой-то особой традиции использования сравнительного метода, отличной от всего предыдущего опыта, в российском конституционном правосудии пока не приходится. Более того, на данный момент конституционная основа либо доктринальная база для широкого внедрения открытого заимствования зарубежных подходов при разрешении конституционных коллизий отсутствуют. Все же, благодаря ряду постановлений, в особенности Постановлению от 14 июля 2015 года № 21-П, этот путь для Конституционного Суда РФ открыт (больше того, он может быть эффективно использован не только для поддержки позиции политических ветвей власти, но и в целях противопоставления ей мнения суда), что лишний раз актуализирует вопросы относительно того, какое качество воспроизведения иностранного опыта придает последнему силу самостоятельного аргумента, обосновывающего итоговый или промежуточный вывод в решении.

Таким образом, анализ практики обращения органов конституционного контроля различных государств к зарубежному опыту показал, что, несмотря на заслуживающие внимания доводы против прямого цитирования, суды склонны активно прибегать к заимствованиям как с целью обогащения собственного арсенала аргументов и подходов к решению конституционно-правовых проблем, так и ради создания определенной репутации органа внутри страны и

на международной арене. В целом на отношение органов конституционного контроля к использованию иностранного опыта влияют такие факторы, как категория рассматриваемого спора (вопросы, касающиеся прав и свобод, либо институциональные проблемы); формулировки конституционных норм; принадлежность государства к англосаксонской либо континентальной правовой семье; «возраст» и стадия развития демократии; наличие исторических / культурных / языковых связей с другими государствами и некоторые другие, однако ни один из факторов не является определяющим. Скорее можно говорить о сложившихся традициях и наметившихся тенденциях, в рамках которых судьи принимают решения об использовании сравнительного метода в каждом конкретном деле, исходя, в том числе, из соображений относительно перспектив универсальных функциональных правовых ответов на возникающие в обществе проблемы.

Приемлемость зарубежного опыта не означает, что он воспринимается как обязывающий; его сила связывается только с силой релевантности и убеждения. Кроме того, зарубежные решения выступают как объект критической оценки, модификации. Это позволяет говорить о том, что суды не пользуются готовыми вариантами, а выступают как «собеседники» в диалоге, посвященном урегулированию социальных проблем с помощью правовых средств.

Конституционный Суд России в последние годы демонстрирует открытость к практике явных ссылок на зарубежный опыт. Следует подчеркнуть стремление Суда воспринимать собственные решения как часть мировой конституционно-правовой мысли и вести активный диалог с иностранными коллегами, признавая достоинства зарубежных подходов и объясняя различия в системах конституционных ценностей, не позволяющие заимствовать готовые решения. Некоторые решения российского Конституционного Суда демонстрируют внимательное отношение к сравнительному методу. Вместе с тем Постановление от 14 июля 2015 года №

21-П указывает на то, что Конституционный Суд готов прибегать к цитированию иностранных источников в том числе для решения «политических» задач, что повышает вероятность манипулирования сравнительно-правовыми аргументами. Ситуация усугубляется тем, что в своих решениях Конституционный Суд РФ (как, впрочем, и большинство других судов) не всегда объясняет, какую роль он отводит сравнительным аргументам и по каким критериям отбирает страны / суды и аргументы для цитирования, а значит, возникает пространство если не для злоупотреблений, то как минимум для вопросов.

Заметим, что замечания относительно конкретных способов применения судами сравнительного метода не равны обоснованию полной неприменимости иностранного опыта для целей принятия судебного решения. Путешествие в другие конституционные системы способно расширить существующие представления о содержательном толковании норм конституции. Вместе с тем, для того чтобы сравнительный конституционализм действительно обогащал национальную конституционно-судебную практику, способствуя позитивным социальным изменениям, судам следует с вниманием относиться к возражениям, высказываемым против заимствования зарубежного опыта, и избегать некорректного, необоснованного и неуместного цитирования. Аарон Барак справедливо отмечал, что при правильном использовании «сравнительное правоведение подобно опытному другу» – оно помогает разглядеть внутренний потенциал и предупреждает о возможных успехах и неудачах⁹¹⁰. Оно позволяет судам общаться между собой через тексты решений и служит источником вдохновения конституционно-правовой мысли.

⁹¹⁰ Barak A. *Op.cit.* P. 198.

Заключение

Познание предмета науки конституционного права требует комплексного подхода к методологии как учению о путях освоения соответствующей правовой материи, охватывающему представление о многоуровневой системе методов и вовлечении мировоззренческого компонента.

Многоуровневая концепция методологии науки позволяет увидеть, как в частнонаучном методе, в нашем случае – сравнительном методе конституционного права, сходится философская основа познания, принципы, лежащие в основе всеобщих и общенаучных методов и, наконец, правила применения самого сравнительного метода. Вся линейка средств изучения конституционного права, воспринимаемых не изолировано, а в системе, позволяет определять требования корректного обращения с таким инструментом, как сравнительный метод.

С помощью сравнительного метода исследователи изучают объекты науки конституционного права. Эта простая констатация указывает на (соответствующее современной постнеклассической парадигме познания) соединение в процессе познания трех элементов – субъекта, объекта и метода.

Субъект с его ценностными установками включается в процесс познания, привнося в него свои мировоззренческие позиции относительно того, с какой целью, какие объекты и под каким углом зрения должны быть изучены, когда речь идет об освоении конституционно-правовой материи. Субъективное творческое начало позволяет не только исследовать конституционно-правовой порядок, но и закладывать основу для его преобразования в соответствии с обдуманым замыслом и неустранимыми из этой предметной области представлениями о справедливости.

В основе применения сравнительного метода лежит фундаментальная идея об отсутствии в конституционном праве монополии на истину. В практическом отношении это означает связь сравнительного метода и

информационной открытости, готовности к обмену правовыми теориями и к их применению в практических целях, что особенно важно в периоды кризисов – периоды вызванной разными причинами неустойчивости конституционного порядка. Но для того, чтобы эта идея была полноценно реализована, нужны ориентиры для такого применения сравнительного метода, какое действительно означало бы приращение знания, позволяющего решать теоретические и практические задачи.

Компаративисты, работающие с конституционно-правовыми институтами, могут извлечь большую пользу из схем применения сравнительного метода, разработанных в рамках сравнительного правоведения; это относится также и к некоторым из тех схем, которые изначально были ориентированы в большей степени на частное право, но впоследствии были доработаны с целью распространения на различные юридические дисциплины.

В то же время здесь востребована известная степень критического переосмысления, во-первых, существующих в сравнительном правоведении дискуссий, некоторые из которых показывают слишком большое увлечение построением малопродуктивных предзаданных или утопических конструкций, а во-вторых, тех специфических правил применения метода, которые диктуются для конституционно-правовой науки особенностями изучаемой ею отрасли права.

К числу основных таких особенностей, предопределяющих схему использования сравнительного метода, следует отнести то обстоятельство, что конституционное право формирует самую суть отношений свободы и власти в обществе, выстраивая для каждого общества объективный порядок ценностей, выражающий определенное понимание справедливости. Этот порядок является одновременно ответом на путь, уже пройденный политическим сообществом, и нормативным выражением представлений о должном на будущее. Конституционное право неотделимо от сферы политики и приверженности определенным способам решения социальных конфликтов.

Не отрицая ни формально-юридического, ни инструментального значения конституционно-правовых норм, подчеркнем именно взаимность влияния конституционного права и различных сфер общественной жизни. Для науки привлечение сравнительного метода дает перспективу увидеть симфоническую сложность связей между правовыми и внеправовыми общественными явлениями в разных государствах, оценить текущее состояние конституционно-правовых институтов и предложить пути их совершенствования, отвечающие специфике общественного запроса.

Проведя исследование базовых подходов к познанию с помощью сравнительного метода конституционно-правовой материи, влияния этих подходов на круг задач, которые могут быть с помощью сравнительного метода решены, и на конкретные стадии применения сравнительного метода, приведем следующую схему, суммирующую соображения относительно порядка его корректного использования (см. Рис. 4).

Предлагаемая концепция применения сравнительного метода включает три этапа – постановку задачи, сравнение и фиксирование результатов.

На первом этапе, исходя из стоящих перед исследователем целей, формулируется конкретный вопрос (задача) сравнительного исследования, при этом определяется его ожидаемый результат, будь то установление тех или иных закономерностей, прогнозирование развития конституционно-правового института в системе общественных отношений, или прескрипция, то есть определение вектора его развития в категориях должного. Подчеркнем, что именно постановка задачи определяет, какому из методологических подходов (догматическому, функциональному, культурологическому) должно быть уделено наибольшее внимание на следующем этапе – этапе сравнения. При этом принципиальной является необходимость задействования в том или ином объеме всех трех подходов в каждом сравнительном исследовании, что предопределяет полноту картины сравнения и адекватность метода поставленной задаче.

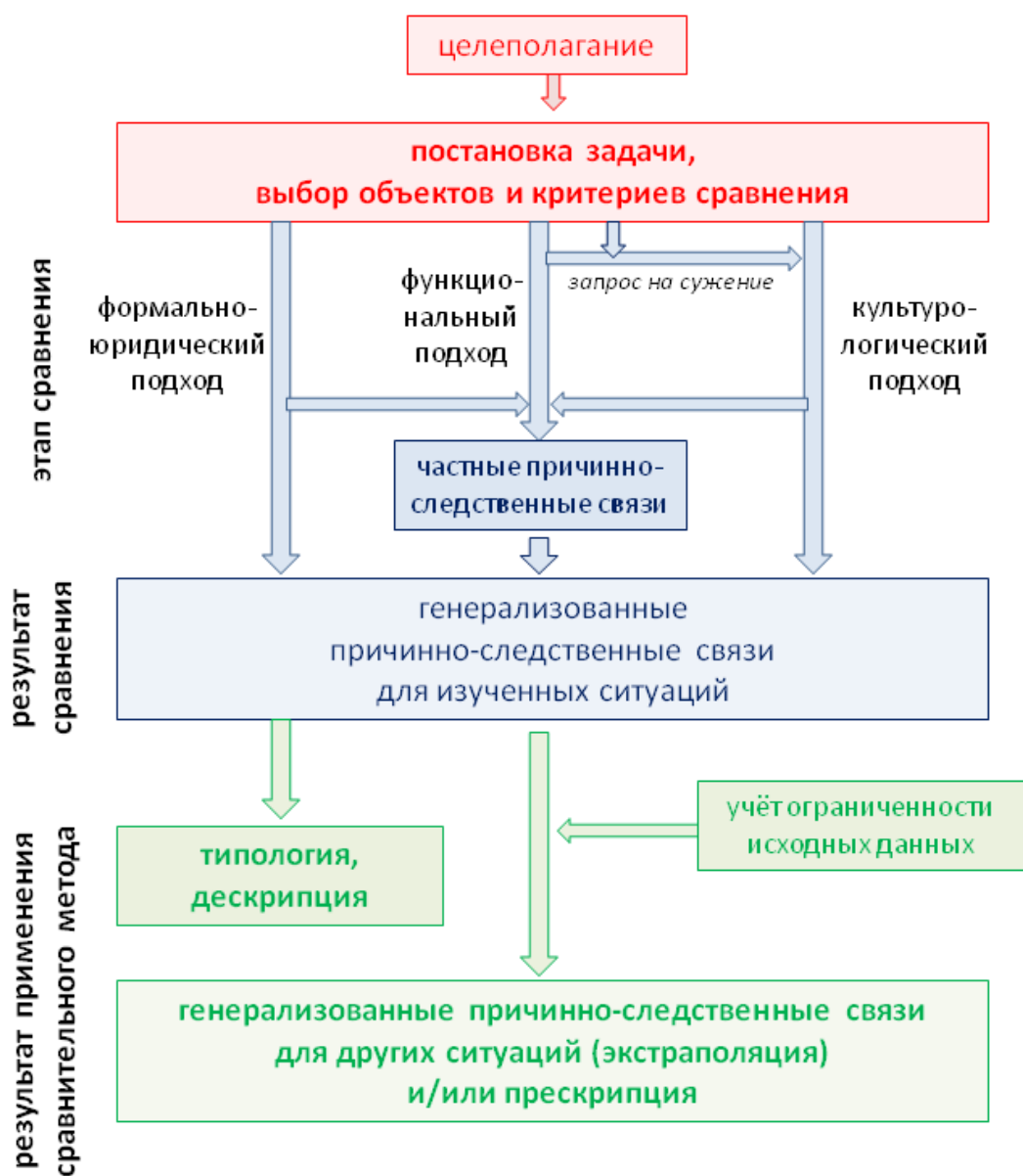


Рис. 4. Общая концепция применения сравнительного метода.

Постановка задачи и выбранный в соответствии с нею ключевой подход (или подходы) к сравнению формируют запрос на выбор объектов сравнения. Это во всяком случае будут правовые нормы в сравниваемых конституционных системах. Функциональный подход актуализирует инструментальное значение этих норм; обращение к нему позволит рассматривать сопоставимые с

функциональной точки зрения нормы, показать, на урегулирование каких общественных проблем они направлены, и определить, насколько они справляются с этой задачей, особенно в свете практики их применения. Необходимость понимания функциональной специфики конституционно-правовых институтов в конкретных государствах и причин их появления и дальнейшего развития в определенной конфигурации требует обращения также к культурологическому походу и выделения конкретных групп явлений (политических, социальных, экономических и т.д.), влияющих на возникновение разного рода конфликтов и соответствующих конституционно-правовых конструкций. Эта схема не значит, что все правовые институты рассматриваются только как жестко детерминированный результат «предыдущего развития» (в русле *path dependence*); она вполне допускает, что конституционно-правовые нормы могут оказаться направлены на разрыв с некоторыми существующими практиками и регулировать общественные отношения с позиций определенной системы ценностей, рационально востребованной как ориентир на будущее и призванной создать новую культурную среду. Но именно предложенная схема и позволяет проводить сравнение на (суженном) поле культурологического подхода с целью выявления условий, значимых для создания и функционирования сравниваемых конституционно-правовых положений. Это означает, что на основе анализа каждой из сравниваемых систем выявляются частные причинно-следственные связи между правовыми и иными явлениями, характерные для этой системы.

Результатом сравнения, проведенного на основе всех трех подходов, становятся генерализованные причинно-следственные связи, относящиеся ко всей совокупности *изученных* систем и ситуаций. Завершение сравнения, однако, не завершает применения сравнительного метода, поскольку для решения поставленных задач, связанных с переносом выявленных логических связей на неизученные системы и ситуации (а такие ситуации с

необходимостью возникают, когда речь идет о формулировании общетеоретических выводов на основе не всеохватывающей выборки или о практическом моделировании должного регулирования на будущее) требуется анализ того, насколько использованная на этапе сравнения выборка является репрезентативной для *целей данного исследования*. Достаточно ли число сравниваемых объектов и отражают ли они реально существующее многообразие связей между различными явлениями и вариативность регулирования, чтобы сделать надежные выводы? Насколько далеки условия в выбранных системах от условий, на которые переносятся выводы? Даже при ограниченной исходной выборке такой анализ позволяет внести поправку в результаты сравнения и привести на этом третьем этапе применения сравнительного метода к его итоговым результатам – обобщению полученных связей и закономерностей на другие, неисследованные, ситуации, то есть решить задачу экстраполяции или прескрипции.

Помимо того, что такая концепция открывает путь к достижению всех обозначенных в настоящей работе целей применения сравнительного метода, отнюдь не ограничиваясь информационными целями, она выявляет основной посыл использования сравнительного метода в конституционном праве – освоение конституционно-правовых идей, институтов и практик во всем их реальном многообразии. На ее основе происходит описание, объяснение и оценка правовых форм, функционирующих в различных условиях и не сводимых к единому образцу. Больше того, она будет способствовать решению актуальной для современного сравнительного конституционного права задачи расширения географии исследований за счет стран с правовыми, политическими и социальными характеристиками, отличающимися от характеристик привычно вовлекаемых в сравнение стран западного мира.

Представленная концепция решает и еще один существенный для сравнительных исследований вопрос – связывает прескриптивные задачи с дескриптивными и каузальными, или, иными словами, позволяет переходить к

прагматичным вопросам заимствования зарубежного конституционно-правового опыта на основе построенной теории. Говоря о практической деятельности органов публичной власти, следует подчеркнуть, что именно такая последовательность (практика на основе теории, а не поверхностных и тем более не «маскирующих» ссылок на зарубежный опыт) представляется верной для всех тех случаев, когда сравнительный метод вообще задействуется для целей совершенствования национального конституционного порядка.

Отдельно подчеркнем, что методология преодоления конституционных коллизий органами конституционного контроля также может включать в себя сравнительный метод, даже если соответствующие материалы используются лишь как дополнительное средство убеждения в рамках юридической аргументации и не претендуют на то, чтобы иметь такую же юридическую силу, как применимые внутригосударственные (или международно-правовые) источники. Но поскольку основное предназначение сравнительного метода в этом случае связано с убедительностью решения, важно то, каким образом он оказывается задействован. В первую очередь это касается выбора объектов сравнения, обоснования их функционального потенциала, внимания к вопросу о том, почему рассматриваемое зарубежное решение или аргументация могут или не могут быть заимствованы с учетом правовых и внеправовых обстоятельств контекста их существования. Кроме того, степень обоснованности использования сравнительного метода определяется общим стремлением суда развивать свою практику в русле поиска неких универсалий конституционного права, по крайней мере, по определенным категориям дел, либо его фокусом на уникальные черты национального правопорядка, что также нуждается в отдельном уточнении и обосновании.

Для развития конституционного права сравнительный метод – один из решающих. Он позволяет находить общий язык между различными конституционно-правовыми культурами, но он удерживает и понимание их особенностей. В разнообразии содержательного наполнения конституционно-

правовых положений (даже если на уровне текста они похожи) – залог развития науки и отрасли конституционного права. Универсальные образцы означали бы конец правовой истории. Разнообразие моделей, отражающих институты конституционного права, сохраняет горизонт для их совершенствования в соответствии с особенностями политических сообществ и стоящими перед ними и вновь возникающими задачами.

СПИСОК ПРАВОВЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ

I. Правовые источники

Нормативные правовые акты Российской Федерации

1. Конституция Российской Федерации. Принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 года (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 года № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 года № 7-ФКЗ, от 05 февраля 2014 № 2-ФКЗ, от 21 июля 2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.
2. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 года № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2020. № 11. Ст. 1416.
3. Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (ред. от 29 июля 2018 года) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 13. Ст. 1447.
4. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (в ред. от 27 декабря 2019 года) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 1 (ч.1). Ст. 1.
5. Федеральный закон от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (в ред. от 2 декабря 2019 года) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 31 (ч.1). Ст. 3448.
6. Федеральный закон от 19 июня 2004 года № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (в ред. от 11 октября 2018 года) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 25. Ст. 2485.
7. Федеральный закон от 12 января 1996 года № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (в ред. от 2 декабря 2019 года) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 3. Ст. 145.
8. Закон Российской Федерации от 27 декабря 1991 года № 2124-1 «О средствах массовой информации» (в ред. от 2 декабря 2019 года) // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РФ. 1992. № 7. Ст. 300.

Международные документы

9. Устав Организации Объединенных Наций от 26 июня 1945 года // Международные акты о правах человека. М., 1998.
10. Статут Международного суда от 26 июня 1945 года // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. М., 1956. С. 47 - 63.
11. Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 291.
12. Факультативный протокол от 16 декабря 1966 года к Международному пакту о гражданских и политических правах // https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpro1.shtml.
13. Второй Факультативный протокол от 15 декабря 1989 года к Международному пакту о гражданских и политических правах, направленный на отмену смертной казни // https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/deathpro.shtml
14. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 года // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 291.
15. Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции 2003 года // https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/corruption.shtml
16. Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года (в ред. Протокола № 11) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 2. Ст. 163.
17. Американская конвенция о правах человека 1969 года // http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm
18. Африканская хартия прав человека и народов 1981 года // <http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/African-Charter-on-Human-and-Peoples-Rights.pdf>.
19. Consolidated version of the Treaty on European Union // Official Journal C 326, 26/10/2012.
20. Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 10^{6th} Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016) // [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001-e)
21. Opinion on the new Constitution of Hungary, adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011) // [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e)

Зарубежные конституционные и законодательные акты

22. Федеральный конституционный закон Австрии 1920 года // https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=en
23. Конституция Аргентины 1853 года // <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Argentina-Constitution.pdf>
24. Конституция Республики Беларусь 1994 года // <http://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/>
25. Конституция Боснии и Герцеговины 1995 года // http://www.ohr.int/?page_id=68220
26. Конституция Венгрии 2011 года // https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf
27. Конституция Индии 1950 года // <https://www.india.gov.in/my-government/constitution-india/constitution-india-full-text>
28. Конституция Ирака 2005 года // https://www.constituteproject.org/constitution/Iraq_2005.pdf?lang=en
29. Конституция Испании 1978 года // <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/espana/leyfundamental/Paginas/index.aspx>
30. Конституция Итальянской Республики 1947 года // https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf
31. Конституционный акт Канады 1982 года // <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>
32. Конституция Китайской Народной Республики 1982 года // <https://npcobserver.files.wordpress.com/2018/12/PRC-Constitution-2018.pdf>
33. Конституция Малави 1994 года // https://malawilii.org/mw/consolidated_legislation/null
34. Конституция Республики Польша 1997 года // <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>
35. Конституция США 1787 года // https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm
36. Конституция Французской республики 1958 года // <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>
37. Конституция Чешской республики 1992 года // https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Pravni_uprava/AJ/Ustava_EN_ve_zneni_zak_c.98-2013.pdf
38. Основной закон Федеративной Республики Германия 1949 года // <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>
39. Закон США 1938 года (с изм.) «О регистрации иностранных агентов» / Foreign Agents Registration Act (FARA). 22 U.S.C. § 611 *et seq.* // <https://www.justice.gov/nsd-fara/fara-index-and-act#611>.

Судебные решения

Решения Конституционного Суда РФ

1. Заключение Конституционного Суда Российской Федерации от 16.марта.2020 № 1-З «О соответствии положениям глав 1, 2 и 9 Конституции Российской Федерации не вступивших в силу положений Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации "О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти", а также о соответствии Конституции Российской Федерации порядка вступления в силу статьи 1 данного Закона в связи с запросом Президента Российской Федерации» // Российская газета. 17 марта 2020 года. № 56.
2. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2016 года № 12-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу “Анчугов и Гладков против России” в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2016. № 17. Ст. 2480.
3. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 года № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона “О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней”, пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона “О международных договорах Российской Федерации”, частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // Собрание законодательства РФ. 2015. № 30. Ст. 4658.
4. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 марта 2015 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 19 Федерального закона “О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации” в связи с жалобой гражданина А.М. Богатырева» // Собрание законодательства РФ. 2015. № 14. Ст. 2197.
5. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 декабря 2013 г. № 26-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 4 Закона Челябинской области “О транспортном налоге” в связи с запросом

- Законодательного Собрания Челябинской области» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 50. Ст. 6669.
6. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июля 2013 года № 16-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Республики Узбекистан Б.Т. Гадаева и запросом Курганского областного суда» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 28. Ст. 3881.
 7. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2012 года № 34-П «По делу о проверке конституционности положений пункта “в” части первой и части пятой статьи 4 Федерального закона “О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации” в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 1. Ст. 78.
 8. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 мая 2012 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца второго части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Ф.Х. Гумеровой и Ю.А. Шикунова» // Собрание законодательства РФ. 2012. № 21. Ст. 2697.
 9. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 мая 2007 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности положений статей 237, 413 и 418 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Курганского областного суда» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 22. Ст. 2686.
 10. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью “Агентство корпоративной безопасности” и гражданина В.В. Макеева» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 6. Ст. 828.
 11. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 декабря 2006 года № 10-П «По делу о проверке конституционности положений частей четвертой, пятой и шестой статьи 215.1 Бюджетного кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 2. Ст. 400.
 12. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2005 года № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации” в связи с жалобами ряда граждан» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 3. Ст. 336.

13. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 мая 2005 года № 6-П «По делу о проверке конституционности Федерального закона “Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств” в связи с запросами Государственного Собрания - Эл Курултай Республики Алтай, Волгоградской областной Думы, группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина С.Н. Шевцова» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 23. Ст. 2311.
14. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 3 февраля 2005 года № 2-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 4 и части второй статьи 9 Федерального закона “О карантине растений” в связи с запросом Законодательного Собрания Краснодарского края» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 7. Ст. 603.
15. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 декабря 2004 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 9 Федерального закона “О политических партиях” в связи с запросом Коптевского районного суда города Москвы, жалобами общероссийской общественной политической организации “Православная партия России” и граждан И.В. Артемова и Д.А. Савина» // Собрание законодательства РФ. 2004. № 51. Ст. 5260.
16. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 октября 2003 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации” в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С.А. Бунтмана, К.А. Катаняна и К.С. Рожкова» // Собрание законодательства РФ. 2003. № 44. Ст. 4358.
17. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 апреля 2001 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности статьи 265 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.А. Шевякова» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 23. Ст. 2408.
18. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 января 2001 года № 2-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта “д” пункта 1 и пункта 3 статьи 20 Закона Российской Федерации “Об основах налоговой системы в Российской Федерации” в редакции Федерального закона от 31 июля 1998 года “О внесении изменений и дополнений в статью 20 Закона Российской Федерации “Об основах налоговой системы в Российской Федерации”, а также положений Закона Чувашской Республики “О налоге с продаж”, Закона Кировской области “О налоге с продаж” и Закона Челябинской области “О налоге с продаж” в связи с запросом Арбитражного суда Челябинской области, жалобами общества с ограниченной ответственностью “Русская тройка” и ряда граждан» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 7. Ст. 701.

19. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 4 марта 1997 года № 4-П «По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года “О рекламе”» // Собрание законодательства РФ. 1997. № 11. Ст. 1372.
20. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 июля 1995 года № 10-П «По делу о проверке конституционности Указа Президента Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 2137 “О мероприятиях по восстановлению конституционной законности и правопорядка на территории Чеченской Республики”, Указа Президента Российской Федерации от 9 декабря 1994 г. № 2166 “О мерах по пресечению деятельности незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и в зоне осетино – ингушского конфликта”, Постановления Правительства Российской Федерации от 9 декабря 1994 г. № 1360 “Об обеспечении государственной безопасности и территориальной целостности Российской Федерации, законности, прав и свобод граждан, разоружения незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и прилегающих к ней регионов Северного Кавказа”, Указа Президента Российской Федерации от 2 ноября 1993 г. № 1833 “Об основных положениях военной доктрины Российской Федерации”» // Собрание законодательства РФ. 1995. № 33. Ст. 3424.
21. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июля 2014 г. № 1567-О «По запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности ряда положений Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации “О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации”» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 30 (часть II). Ст. 4397.
22. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 19 ноября 2009 года № 1344-О-Р «О разъяснении пункта 5 резолютивной части Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 2 февраля 1999 года № 3-П по делу о проверке конституционности положений статьи 41 и части третьей статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, пунктов 1 и 2 Постановления Верховного Совета Российской Федерации от 16 июля 1993 года “О порядке введения в действие Закона Российской Федерации “О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР “О судостроительстве РСФСР”, Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях”» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 48. Ст. 5867.
23. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15 февраля 2005 года № 17-О «По жалобе гражданки Енборисовой Прасковьи Федоровны на нарушение ее конституционных прав пунктом 8 статьи 14 Федерального закона “О трудовых пенсиях в Российской Федерации”» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. № 16. Ст. 1479.

24. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20 ноября 1995 года № 77-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса группы депутатов Государственной Думы Федерального Собрания и запроса Верховного Суда Российской Федерации о проверке конституционности ряда положений Федерального закона от 21 июня 1995 года “О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации”» // Собрание законодательства РФ. 1995. № 49. Ст. 4867.

Решение Международного суда

25. Belgium v. Senegal, Judgment of 20 July 2012, I.C.J. Reports 2012 // <https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>

Решения Европейского Суда по правам человека

26. A. v. the United Kingdom. App. no. 100/1997/884/1096. Judgment of 23 September 1998 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58232%22%5D%7D>
27. Al-Adsani v. The United Kingdom. App. no. 35763/97. Judgment of 21 November 2001 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-59885%22%5D%7D>
28. Anchugov and Gladgov v. Russia. App. No. 11157/04, 15162.05. Judgment of 4 July 2013 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122260%22%5D%7D>
29. B. v. France. App. no. 13343/87. Judgment of 25 March 1992 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22695647%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57770%22%5D%7D>
30. Christine Goodwin v. The United Kingdom. App. no. 28957/95. Judgment of 11 July 2002 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60596%22%5D%7D>
31. Dogru v. France. App. No. 27058/05. Judgement of 4 December 2008 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2227058/05%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-90039%22%5D%7D>
32. Dudgeon v. United Kingdom. App. no. 7525/76, Judgment of 22 October 1981 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57473%22%5D%7D>
33. Elberte v. Latvia. App. no 61243/08. Judgment of 13 January 2015 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-150234%22%5D%7D>
34. Gäfgen v. Germany. App. no. 22978/05. Judgment of 1 June 2010 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99015%22%5D%7D>
35. Haas v. Switzerland. App. no. 31322/07. Judgment of 20 January 2011 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-102940%22%5D%7D>

36. Lautsi v. Italy. App. no. 30814/06. Judgment of a Grand Chamber 18 March 2011 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-95589%22%5D%7D>
37. Paradiso and Campanelly v. Italy. App. no. 25358/12. Judgment of 24 January 2017 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170359%22%5D%7D>
38. Rees v. The United Kingdom. App. no. 9532/81. Judgment of 17 October 1986 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22695441%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-57564%22%5D%7D>
39. R.R. v Poland. App. no. 27617/04. Judgment of 26 May 2011 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-104911%22%5D%7D>
40. Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, App. No 27996/06 and 34836/06, Judgment of 22 December 2009 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-96491%22%5D%7D>
41. Yumak and Sadak v. Turkey. App. no. 10226/03. Judgment of a Grand Chamber 8 July 2008 // <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22837656%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-87363%22%5D%7D>
42. Y.Y. v Turkey. App. no. 14793/ 08. Judgment of 10 March 2015 // <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-153134%22%5D%7D>

Решения зарубежных органов конституционного контроля

Австралия

43. McCloy v New South Wales [2015] HCA 34, 7 Oct 2015 // <http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2015/HCA/34>

Венгрия

44. Constitutional Court of Hungary, Decision of 30 November 2016 on the Interpretation of Article E)(2) of the Fundamental Law // http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Ungheria_30novembre2016.pdf
45. Decision of 31 October 1990 on Death Punishment // <https://hunconcourt.hu/dontes/decision-23-1990-on-capital-punishment/>.

Израиль

46. Public Committee Against Torture v. State of Israel, HCJ 5100/94 [1999] // <https://supreme.court.gov.il/sites/en/Pages/SearchJudgments.aspx?&OpenYearDate=1994&CaseNumber=null&DateType=1&SearchPeriod=8&COpenDate=null&CEndDate=null&freeText=General%20Security%20Service&Importance=null>.

47. United Mizrahi Bank Ltd. V. Migdal Cooperative Village. CA 6821/93 [1995] // <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>

Индия

48. S. R. Bommai v. Union of India, (1994) SCC (3) 1 // <https://indiankanoon.org/doc/60799/>

49. Bachan Singh v. State of Penjab. (1980) 2 SCC 684 // <https://indiankanoon.org/doc/307021/>

Испания

50. Sentencia 42/2014, 25.03.2014 // [https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/STC%2042-2014E\(2\)%20%20DECLARACION%20SOBERANISTA%20%20SIN%20ANTECEDENTES.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/STC%2042-2014E(2)%20%20DECLARACION%20SOBERANISTA%20%20SIN%20ANTECEDENTES.pdf)

51. Sentencia 12/2008, 29.01.2008 // <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2008-3852>

Канада

52. Reference re Secession of Quebec. [1998] 2 SCR. 217 // <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.pdf>

53. R. v. Oakes, [1986] 1 SCR 103 // <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>

54. R. v. Rahey, [1987] 1 SCR 588 // <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/215/index.do>

Литва

55. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Ruling of October 25, 2011 // <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1113>.

56. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Ruling of September 28, 2011 // <https://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1112/content>

Польша

57. The Constitutional Tribunal of Poland. Judgment of 24 November 2010. Case No. K 32/09 // http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_32_09_EN.pdf.

58. The Constitutional Tribunal of Poland. Judgment of 23 March 2006. Case No. K 4/06 // <http://trybunal.gov.pl/en/case-list/judicial-decisions/art/6109-modifications-to-the-composition-and-functioning-of-the-national-broadcasting-council>

Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

59. Edwards v. Canada (Attorney General), AC 124 (1930) // <https://www.canlii.org/en/ca/ukjpc/doc/1929/1929canlii438/1929canlii438.html>

Соединенные Штаты Америки

60. Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/case.html>
61. Gregg v. Georgia. 428 U.S. 153 (1976) // <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/428/153.html>
62. Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/case.html>
63. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html#opinion-pdf>
64. Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/252/416/>
65. Printz v. United States, 521 U.S. 898 (1997) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/898/>
66. Roper v. Simmons. 543 U.S. 551 (2005) // <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/543/551.html>
67. Stanford v. Kentucky. 492 U.S. 361 (1989) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/361/>
68. United States v. Wilson, 32 U.S. (7 Pet.) 150 (1833) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/32/150/case.html>
69. Wilkerson v. Utah, 99 U.S. 130 (1879) // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/99/130/case.html>

Украина

70. Решение Конституционного суда от 29 декабря 1999 г. № 11-рп // <http://www.ccu.gov.ua/>

Федеративная Республика Германия

71. BverfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017. 2 BvB 1/13 // https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/bs20170117_2bvb000113en.html

72. BverfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015. 2 BvR 2735/14 // https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20151215_2bvr273514.html.
73. BverfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015. 1 BvR 471/10 // https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127_1bvr047110en.html
74. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 9. Februar 2010. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 // https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/02/lr20100209_1bvl000109.html
75. BverfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009. 2 BvE 2/08 // https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/es20090630_2bve000208.html.
76. BverfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004. 2 BvR 1481/04 // http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html
77. BverfGE, Urteil des Zweiten Senats vom 15. Dezember 1970. 2 BvF 1/69 // <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030001.html>.
78. BverfG, Urteil des Ersten Senats vom 17. August 1956. 1 BvB 2/51 // <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>
79. BverfG, Urteil des Ersten Senats vom 23. Oktober 1956. 1 BvB 1/51 // <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002001.html>

Чешская республика

80. PL ÚS 25/96, 1997/04/02 // <https://www.usoud.cz/en/decisions/19970402-pl-us-2596-five-percent-electoral-threshold/>

Южно-Африканская Республика

81. Soobramoney vs. Minister of Health (Kwazulu-Natal) 1998 (1) SA 765 (CC) (27 November 1997) // <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>
82. State v. Mhlungu and Others, 1995 (7) BCLR 793 (CC) (8 June 1995) // <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/4.html>
83. The State v. Makwanyane and Others. 1995 (3) SA 391 (CC) (6 June 1995) // <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>

II. Научная литература

Монографии, сборники статей, словари, учебные издания

1. Алексеев А.С. К учению о юридической природе государства и государственной власти. М., 1895.

2. Андреева Г.Н. Институт собственности в конституциях зарубежных стран и Конституции Российской Федерации. М. Норма, 2009. 368 с.
3. Андреева Г.Н., Старостина И.А. Избирательное право в России и в зарубежных странах / под ред. А.А. Клишаса. М.: Норма, 2010. 592.
4. Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб.: Юридический центр пресс, 2003. 658 с.
5. Арановский К.В. Конституционное право в сравнительном правоведении // Сравнительное правоведение: наука, методология, учебная дисциплина. Красноярск, 2008.
6. Арбузкин А.М. Основные модели разделения властей в странах Европы // Современные проблемы организации публичной власти / Отв. ред. Авакьян С.А. М.: Юстицинформ, 2014. С. 277-302.
7. Ахременко А.С. Политический анализ и прогнозирование. М.: Гардарика, 2006. 333 с.
8. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М.: Норма, 2007. 784 с.
9. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Инфра-М, 1994. 590 с.
10. Бехруз Х. Сравнительное правоведение. Одесса, Москва: ТрансЛит, 2008. 504 с.
11. Богданова Н.А. Система науки конституционного права. М.: Юрист, 2001. 256 с.
12. Бозаджиев В.Л. Политическая психология. М.: Академия естествознания, 2015. 473 с.
13. Варламова Н.В. Сравнительное правоведение: методологические основания и пределы исследования // Методология сравнительно-правовых исследований / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М.: РУДН, 2013.
14. Васильев В.Л. Юридическая психология. СПб., 1997.
15. Венгеров А.Б. Теория государства и права. М.: Новый Юрист, 1998. 622 с.
16. Вечтомов Е.М. Философия математики. Киров: Изд-во ВятГГУ, 2013. 256 с.
17. Витрук Н.В. Верность Конституции. М.: РАП, 2008. 272 с.
18. Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991-2001): очерки теории и практики. М.: Городец-Издат, 2001. 508 с.
19. Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики. М.: Прогресс, 1988. 704 с.
20. Газизова Р.Г., Касаткина Н.М., Крысенкова Н.Б., Лещенков Ф.А., Пилипенко А.Н., Трещетенкова Н.Ю., Чурсина Т.И. Организация законодательного процесса в зарубежных странах. М.: Издание Государственной Думы, 2014. 112 с.
21. Гегель Г.В.Ф. Наука логики. СПб.: Наука, 1997. 800 с.
22. Гегель Г.В.Ф. Философия духа. М.: АСТ, 2018. 160 с.
23. Гейзенберг В. Физика и философия. Часть и целое. М.: Наука, 1989. 400 с.

24. Глигич-Золоторева М.В. Теория и практика федерализма: системный подход. Новосибирск: Наука, 2009. 639 с.
25. Глухарева Л.И. Права человека в современном мире. М.: Юрист, 2003. 304с.
26. Государственное право Германии. Т.1. М.: Институт государства и права РАН, 1994. 312 с.
27. де Гроот Г.-Р. Язык и право // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002 год. М.: Норма, 2003.
28. Гуссерль Э. Идея феноменологии. СПб.: ИЦ «Гуманитарная академия», 2006. 224 с.
29. Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право). М.: Издательство «Прогресс», 1967. 494 с.
30. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 2009. 400 с.
31. Дамирли М.А. Некоторые вопросы теории правового сравнения // Техника (технология) юридической деятельности в контексте сравнительного правоведения / Под ред. М.Л. Давыдовой, М.А. Дамирли. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2013. С. 10-18.
32. Дмитриев Ю.Б. Пятая концептуальная научная революция: фундаментально-междисциплинарная научная рациональность, междисциплинарная наука познания, новая философия и наука наук. М.: Перо, 2017.
33. Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007 / Под ред. Д.В. Дождева. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008.
34. Дудина В.И. Сравнительная эпистемология социального знания // Компаративистика. Альманах сравнительных социо-гуманитарных исследований / Под ред. Л.А. Вербицкой, В.В. Васильковой, В.В. Козловского, Н.Г. Скворцова. СПб.: Социологическое общество имени М.М. Ковалевского, 2001. С. 12-26.
35. Дюверже М. Политические институты и конституционное право // Антология мировой политической мысли. В 5 томах. М.: Мысль, 1997. Т. 2.
36. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии. М. Наука, 1991. 575 с.
37. Евсеев А.П. Психология конституционного судопроизводства. Харьков: Юрайт, 2013. 230 с.
38. Захарцев С.И., Сальников В.П. Философия. Философия права. Юридическая наука. М.: Юрлитинформ, 2015. 259 с.
39. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М.: Изд-во Московского университета, 1978. 270 с.
40. Иванников И.А. История и методология юридической науки. М.: Юрлитинформ, 2015. 144 с.
41. Интернационализация конституционного права: современные тенденции / под ред. Н.В. Варламовой, Т.А. Васильевой. М.: ИГП РАН, 2017. 224 с.

42. История и методология юридической науки. СПб. Изд-во СПбИВЭСЭП, 2014.
43. История и методология юридической науки / Под ред. В.В. Сорокина. Барнаул, 2016. 699 с.
44. История политических и правовых учений / Под ред. О.Э. Лейста. М.: Зерцало-М, 2001. 677 с.
45. История южных и западных славян: в 2-х т. Т. 2: Новейшее время / Под ред. Г.Ф. Матвеева, З.С. Ненашевой. М.: Издательство Московского университета, 2008. 368 с.
46. Канке В.А. Методология научного познания. М.: Омега-Л, 2014. 255 с.
47. Кант И. Критика чистого разума. М.: Мысль, 1994. 591 с.
48. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. 528 с.
49. Карева А.В. История и методология юридической науки. Рязань: Рязанский гос. ун-т, 2015. 322 с.
50. Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб.: Алеф-пресс, 2015. 540 с.
51. Кененова И.П., Троицкая А.А. Шустров Д.Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М.: Крассанд, 2015. 720 с.
52. Керимов Д.А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. М.: Издательство СГУ, 2011. 520 с.
53. Керимов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований. М.: Мысль, 1986. 330 с.
54. Ким В.В. Тождество и различие как категории материалистической диалектики. Свердловск, 1969. 44 с.
55. Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. М., 1916. 718 с.
56. Ковалевский М.М. Социология. Теоретико-методологические и историко-социологические работы / Отв. ред. и сост. А.О. Бороноев. СПб.: РХГА, 2011. 687 с.
57. Ковлер А.И. Антропология права. М.: Норма, 2002. 467 с.
58. Ковлер А.И. Европейская Конвенция в международной системе защиты прав человека. М.: Норма, 2019. 304 с.
59. Кокорин А.А. Методология научных исследований. М.: МГОУ, 2015. 357 с.
60. Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. М.: Зерцало, 2004. 260 с.
61. Колосова Н.М. Конституционная ответственность в Российской Федерации. М, 2000.
62. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. В 4-х томах. Тт. 1-2. Общая часть / Отв. ред. Б.А. Страшун. М.: БЕК, 1996. 757 с.
63. Конституционное право. Общая часть / Под ред. Н.А. Богдановой. М.: Зерцало-М, 2017. 372 с.
64. Конституционное право России / Под ред. Б.С. Эбзеева, А.С. Прудникова. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2013. 687 с.

65. Кравец И.А. Конституционное правосудие: теория судебного конституционного права и практика судебного конституционного процесса. М.: Юстицинформ, 2017. 399 с.
66. Краснов М.А., Шаблинский И.Г. Российская система власти: треугольник с одним углом. М.: Ин-т права и публичной политики, 2008. 231 с.
67. Крусс В.И. Конституционная компаративистика в системе юридического образования // Конституционное право и конституционная компаративистика в системе российского юридического образования. М., 2009. С. 45-56.
68. Кун Т. Структура научных революций. М.: Прогресс, 1975. 288 с.
69. Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М.: Городец, 2003. 528 с.
70. Лазарев В.В., Липень С.В. История и методология юридической науки. М.: Норма, 2016. 496 с.
71. Лакатос И. Фальсификация и методология научно-исследовательских программ. М., 1995.
72. Лассаль Ф. О сущности конституции. Ростов-на-Дону, 1905. 74 с.
73. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. М.: Статут, 2010. Т. 1. 427 с.
74. Лебедев С.А. Методы научного познания. М.: Альфа-М, 2014. 271 с.
75. Леви-Стросс К. Неприрученная мысль // Первобытное мышление. М., 1994. 384 с.
76. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: Зерцало-М, 2002. 279 с.
77. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2005. 432 с.
78. Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М.: Юнити, 2002. 687 с.
79. Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М.: Прогресс, 1993. 382 с.
80. Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2006. 896 с.
81. Марахов В.Г. Философия. СПб., 2014. 178 с.
82. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права. М., 2003.
83. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М.: Зерцало, 2001. 551 с.
84. Масленников М.М. Методологическое значение сравнения в научном познании. Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1968. 58 с.
85. Международное право / Отв.ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М.: Норма-Инфра-М, 1999. 569 с.
86. Микешина Л. Современная эпистемология гуманитарного знания: междисциплинарные синтезы. М.: РОССПЭН, 2016. 463 с.

87. Милль Дж. Система логики силлогистической и индуктивной. М.: URSS, 2011. 828 с.
88. Миронов В.В. Об актуальности метафизики // Актуальные проблемы онтологии и теории познания / Отв. ред. Миронов В.В. М., 2012. С. 32-46.
89. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012. 491 с.
90. Монтескье Ш. О духе законов. М.: Мысль, 1999. 672 с.
91. Муромцев С.А. Что такое догма права? М., 1885. 35 с.
92. Мухаммад Садик Мухаммад Йусуф. Права человека в Исламе. СПб.: Диля, 2008. 274 с.
93. Нарыков Н.В., Агафонова М.Ю., Лебедев А.Г., Тилинина Т.В. Гносеология и эпистемология. Краснодар: Краснодар. Акад МВД РФ, 2005. 243 с.
94. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Инфра-М, 2010. 815 с.
95. Новая философская энциклопедия / Под рук. В.С. Степина, Г.Ю. Семигина. М., 2010.
96. Общая психология / Под ред. А.В. Петровского. М.: Просвещение, 1986. 463 с.
97. Оксамытный В.В. Юридическая компаративистика. М.: Юнити, 2015. 431 с.
98. Пахман С.В. О современном движении в науке права. СПб., 1882. 68 с.
99. Пивоев В.М. Философия и методология науки. Петрозаводск: ПетрГУ, 2013. 319 с.
100. Пилипенко Е.Н. Общетеоретические положения сравнительного правоведения // Компаративистика-2011 / Под ред. А.Ю. Саломатина. Пенза, 2012.
101. Плотинский Ю.М. Теоретические и эмпирические модели социальных процессов. М.: Логос, 1998. 293 с.
102. Пономарева Е.Г. Новые государства на Балканах. М., 2010. С. 252 с.
103. Поппер К. Логика и рост научного знания. М.: Прогресс, 1983. 605 с.
104. Права человека / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Норма, 2004.
105. Права человека и правовое социальное государство в России / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Норма, 2011. 400 с.
106. Пржиленский В.И. Проблемы межуровневого взаимодействия в системе правовой методологии // Философия и право. М., 2017. С. 117-149.
107. Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса. М.: Едиториал УРСС, 2014. 294 с.
108. Пуассон С.Д. Исследования о вероятности приговоров в уголовных и гражданских делах. Берлин: N.G.Verl, 2013. 328 с.
109. Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения. Екатеринбург: Полиграфист, 2000. С. 47.
110. Розанов В. О понимании. М., 1886. 737 с.
111. Розов Н.С. Философия и теория истории. М.: Логос, 2002. 655 с.
112. Ролз Дж. Теория справедливости. М.: URSS, 2010. 534 с.

113. Романович-Славатинский А.В. Система русского государственного права в его историко-догматическом развитии, сравнительно с государственным правом Западной Европы: основные государственные законы. М.: URSS, 2016. 299 с.
114. Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб., 2015. 720 с.
115. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М.: Юрист, 2000. 441 с.
116. Сергеевич В.И. Задача и метода государственных наук. М. : URSS, 2011. 231 с.
117. Служение праву / Под ред. Д.А. Туманова, М.В. Захаровой. М.: Проспект, 2017. 575 с.
118. Слыщенко В.А. Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права. 2011. М., 2011.
119. Соболева А.К. Филология и теория права: совместные поиски будущего // Проблемы методологии и философии права / Под ред. С.Н. Касаткина. Самара, 2014. С. 8-24.
120. Соболева А.К. Юридическая аргументация // Аргументация в праве и морали / под ред. Е.Н.Лисанюк. М., 2018. С. 159-182.
121. Современная западная философия. Словарь. М., 1991. 416 с.
122. Современные методы исследования в правоведении / Под ред. Н.И.Матузова, А.В. Малько. Саратов: Саратовский юрид. ин-т МВД России, 2007. 559 с.
123. Сорокин В.В. Концепция эволюционного преобразования правовых систем в переходный период. Барнаул: Изд-во Алт. гос. ун-та, 2002. 542 с.
124. Сорокин В.В. Правовая психология: вопросы теории // Философия и психология права / Под общ. ред. В.И. Жукова. Отв. ред. А.Б. Дидикин. М.: ИГП РАН, 2018. С. 209-214.
125. Сорокотягин И.Н. Правовая и юридическая психология (психология юриспруденции). Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 2002. 355 с.
126. Социология права: в 2-х томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. М.: Проспект, 2015. 368 с.; 441 с.
127. Спекторский Е.В. Что такое конституция? М.: Т-во Рябушинских, 1917. 16 с.
128. Сравнительная политология / Под ред. О.В. Гаман-Голутвиной. М.: Аспект-Пресс, 2015. 752 с.
129. Сравнительное правоведение в условиях интеграции государств / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.И. Лафитский. М.: Инфра-М, 2013. 238 с.
130. Степин В.С. Теоретическое знание. М.: Прогресс-Традиция, 2003. 743 с.
131. Степин В.С. Философия и методология науки. М., 2015. 716 с.
132. Строгович М.С. Логика. М.: УРСС, 2004. 361 с.
133. Сюкияйнен Л. Р. Ислам и права человека в современном государстве // Трансформация прав человека в современном мире / Отв. ред. А.Н. Савенков. М.: Норма, 2018. С. 45-53.

134. Сырых В.М. История и методология юридической науки. М.: Норма, 2012. 463 с.
135. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. В 2-х т. Т.1. Элементный состав. М.: Юстицинформ, 2001. 527 с.
136. Теория и методология юридической науки: в 2 ч. / Отв. Ред. М. Н. Марченко. Часть вторая: История, социология и отраслевые юридические дисциплины. М.: Норма, 2019. 288 с.
137. Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. М.: Высш. школа, 1978. 191 с.
138. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М.: Норма, 1996. 427 с.
139. Троицкая А. Политический экстремизм в России и за рубежом: современные конституционно-правовые меры противодействия // Гражданское общество как гарантия политического диалога и противодействия экстремизму: ключевые конституционно-правовые проблемы / Под ред. С.А. Авакьяна. М., 2015. С. 545-610.
140. Троицкая А. Постсоциалистический конституционализм: методология изучения сквозь призму пределов защиты прав и свобод личности // Проблемы постсоветской теории и философии права: перспективы свободного общества. М., 2018. С. 284-310.
141. Троицкая А.А. Психология права и соматические права: точка пересечения или неразрывные связи? // Философия и психология права: современные проблемы / Под ред. В.И. Жукова. М.: Институт государства и права РАН, 2018. С. 215-217.
142. Троицкая А.А. Решения органов конституционного контроля по избирательным спорам // Право избирать и быть избранным в российских политических реалиях: основные конституционно-правовые проблемы / Отв. ред. Авакьян С.А. М., 2015. С. 512-543.
143. Троицкая А.А. Современные международные правовые и этические антикоррупционные стандарты и российское конституционное законодательство // Конституционно-правовые основы антикоррупционных реформ в России и за рубежом / Отв. ред. С.А. Авакьян. М., 2016. С. 459-507.
144. Уорф Б.Л. Грамматические категории // Принципы типологического анализа языков различного строя / Под ред. Б.А. Успенского. М.: Наука, 1972.
145. Философский энциклопедический словарь. М., 1983. 840 с.
146. Фролова Е.А. Проблемы теории и философии права. М.: Юрлитинформ, 2015. 303 с.
147. Фуко М. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук. СПб., 1994. 408 с.
148. Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. М.: Наука, 2000. 377 с.

149. фон Хайек Ф.А. Право, законодательство и свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М.: ИРИСЭН, 2006. 642 с.
150. Хорошильцев А.И. Методология познания власти: проблемы теории государства и права. Курск: Изд-во РОСИ, 2008. 247 с.
151. Хрестоматия по конституционному праву. В 3-х томах / Сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустров. СПб.: Алеф-Пресс, 2012-2014.
152. Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право. В 2-х томах. М., 2010. 728 с.
153. Чеснокова В.Ф. Язык социологии. М.: ОГИ, 2010. 542 с.
154. Честнов И.Л. История и методология юридической науки. М.: Инфра-М, 2018. 281 с.
155. Честнов И.Л. Культурологическое измерение права // Правовые культуры. Жидковские чтения / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М., 2012.
156. Честнов И.Л. Практическая, человекоцентристская юриспруденция – выход из тупика догматизации права // Энциклопедия права или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания / Отв. ред. В.Г. Графский. М.: Норма, 2013.
157. Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002. 269 с.
158. Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М.: ИГПАН, 1993. 140 с.
159. Чиркин В.Е. Верхняя палата современного парламента: сравнительно-правовое исследование. М.: Норма, 2009. 142 с.
160. Чиркин В.Е. Законодательная власть. М.: Норма, 2008. 335 с.
161. Чиркин В.Е. Конституция: российская модель. М.: Юрист, 2002. 160 с.
162. Чиркин В.Е. Сравнительное конституционное право. М.Юриспруденция, 2011. 398 с.
163. Чиркин В.Е. Сравнительное правоведение. М.: Международные отношения, 2012. 335 с.
164. Шайо А. Самоограничение власти. Краткий курс конституционализма. М.: Юрист, 2001. 292 с.
165. Шорохова И.С., Кисляк Н.В., Мариев О.С. Статистические методы анализа. Екатеринбург: Изд-во Уральского ун-та, 2015. 300 с.
166. Экономический анализ права: вопросы теории, методологии, правоприменения / Под ред. Е.Г. Шабловой, А.В.Шибина. Екатеринбург: УрФУ, 2013. 233 с.
167. Эсмен А. Общие основания конституционного права. Спб., 1898. 357 с.
168. Яркова Е.Н. История и методология юридической науки. Тюмень: Изд-во Тюменского ун-та, 2012. 463 с.
169. Яценко А.С. Теория федерализма. Опыт синтетической теории государства. Юрьев, 1912. 852 с.
170. Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford University Press, 2002.

171. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXXIII, 2017: Juge constitutionnel et interprétation des normes. Aix-en-Provence, 2018.
172. Barak A. *The Judge in a Democracy*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.
173. Beatty D.M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto, 1995.
174. Bell J. *Comparing Public Law // Comparative Law in the 21st Century* / Ed. by A. Hardy, E. Örsü. London, 2002. P. 235-247.
175. Bell J. *Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law // Methodologies of Legal Research* / Ed. by M. van Hoecke. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 155-176.
176. Breyer S. *Keynote Address // Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*. Vol. 97. 2003. P. 265-268.
177. Butchvarov P. *Resemblance and Identity: an Examination of the Problem of Universals*. London: Indiana University Press, 1966.
178. Chan J. C.W. *Confucianism and Human Rights // Religion and Human Rights: An Introduction* / Ed. by J. Witte, M. Ch. Green. New York: Oxford University Press, 2011. P. 87-102.
179. Choudhry S. *Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law // Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* / Ed. by S. Choudhry. Oxford University Press, 2008. P. 3-40.
180. *Common Law Theory* / Ed. by Edlin D. Cambridge University Press, 2007.
181. *Comparative Constitutional Design* / Ed. by T. Ginsburg. Cambridge University Press, 2012.
182. *Comparative Constitutional Law* / Ed. by R. Dixon, T. Ginsburg. Cheltenham, Northampton, 2011.
183. *Comparative Law* / Ed. by E. Örsü, D. Nelken. Hart Publishing, 2007.
184. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* / Ed. by P. Legrand, M. Roderick. Cambridge, 2003.
185. Cooter R., Ulen T., *Law and Economics*. New Delhi, 2004.
186. Cotterrell R. *Comparative Sociology of Law // Comparative Law and Society* / Ed. by D.S. Clark. Cheltenham, 2012. P. 39-60.
187. de Cruz P. *Comparative Law in a Changing World*. London, New York: Routledge-Cavendish, 2008.
188. Dorsen N., Rosenfeld M., Sajo A., Baer S. *Comparative constitutionalism: Cases and materials*. West Publishing company, 2003.
189. *Droit constitutionnel* / Coord. L. Favoreu. Paris, 2004.
190. Dupré C. *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*. Oxford, 2003.
191. Dyzenhaus D. *The Idea of a Constitution: A Plea for Staatsrechtslehre // Philosophical Foundations of Constitutional Law* / Ed. by D. Dyzenhaus, M. Thorburn. New York, 2016. P. 9-32.
192. Elazar D. J. *Exploring federalism*. Alabama, 1987.

193. Elgar Encyclopedia of Comparative Law / Ed. by J.M. Smits. Cheltenham, 2006.
194. Elster J. Political Psychology. Cambridge University Press, 1993.
195. Finer S.E., Bogdanor V., Rudden B. Comparing Constitutions. Oxford, 1998.
196. Flakk T. Human Rights the Confucian Way. Towards International Consensus on Human Rights From Within Cultural Traditions. Oslo, 2003.
197. Frankenberg G. Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit. Edward Elgar Publishing, 2018.
198. Friedman L. Law in America. A Short History. New York, 2002.
199. Gardbaum S. How Do and Should We Compare Constitutional Law // Comparing Comparative Law / Ed. by S. Besson, L. Heckendorn, S. Jube. Zurich, 2017.
200. Gerber D. Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language // Rethinking the Masters of Comparative Law / ed. by A. Riles. Hurt Publishing, 2001. P. 190-208.
201. Gerring J. The Case Study: What It Is and What It Does // The Oxford Handbook of Political Science / Ed. by R.E.Goodin. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 1133-1165.
202. Ginsburg T. Judicial Review in New Democracies. Cambridge University Press, 2003.
203. Glendon M.-A., Carroza P.G., Picker C.B. Comparative Legal Traditions in a Nutshell. West Academic Publishing, 2008.
204. Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives / ed. by T. Suami, M. Kumm, A. Peters, D. Vanoverbeke. Cambridge, 2018.
205. Goldthorpe J.H. On Sociology: Numbers, Narratives, and the Integration of Research and Theory. Oxford, 2000.
206. Gur-Arie M. Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations // Torture: A Collection / Ed. by S. Levinson. Oxford University press, 2004.
207. Gutteridge H.C. Comparative Law. Cambridge, 1946.
208. Gutto Sh. Constitutionalism, Elections, and Democracy in Africa. African Union, 2003.
209. Handbook on Global Constitutionalism / Ed. by A. F. Lang, A. Wiener. Cambridge, 2017.
210. Häberle P. Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective // The Future of the European Judicial System in Comparative Perspective / Ed. by I. Pernice, J. Kokott, Ch. Saunders. Baden-Baden, 2006.
211. Herringa A.W. Constitutions Compared. Intersentia, 2019.
212. Hirschl R. Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford, 2015.
213. Hirschl R. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press, 2004.
214. Husa J. A New Introduction to Comparative Law. Oxford: Hart, 2015.

215. Husa J. *The False Dichotomy between Theory and Practice: Lessons from Comparative Law // Rechtswissenschaft als Juristische Doktrin* / Ed. by C. Peterson. Stockholm, 2011. P. 105-128.
216. Jackson V.C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York, Oxford University Press, 2010.
217. Kelsen H. *Introduction to the problems of legal theory. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law [1934]*. Clarendon Press, Oxford, 2002.
218. King G., Keohane R.O., Verba S. *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
219. Kumlicka W. *Federalism, Nationalism, and Multiculturalism // Theories of Federalism* / Ed. by D. Karmis, W. Norman. New York, 2005.
220. Lakoff G. *Women, Fire and Dangerous Things: What Categories Reveal About the Mind*. University of Chicago Press, 1987.
221. Lee C. *Confucian Humanism as the Foundation of Human Rights and Economic Ethics: a Study of Korea, Japan and the Republic of China*. Melbourn, 2007.
222. Leyland P. *Opposition and Fragmentations: In Search of a Formula for Comparative Analysis // Comparative Law in the 21st Century* / Ed. by A.Hardy, E. Örsü. London, 2002.
223. Lübbe-Wolff G. *Transnational Judicial Interaction and the Diplomatization of Judicial Decision-Making // Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformation* / Ed. by Ch. Landefried. Cambridge University Press, 2012. P. 199-223.
224. Marquesinis B., Fedtke J. *Judicial Recourse to Foreign Law*. New York, Routledge, 2006.
225. Mattei U. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor, 1997.
226. *Methods of Comparative Law* / Ed. by P.G. Monateri. Cheltenham, Northampton, 2012.
227. Müller J.-W. *What Is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.
228. Nanda V.P. *Hinduism and Human Rights // Human Rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality* / Ed. by D. Werner. The Hague, Boston, 1997.
229. Nelken D. *Comparative Sociology of Law // An Introduction to Law and Social Theory* / Ed. by R.Banakar, M. Travers. Oxford, 2002.
230. Newton K., van Deth J.W. *Foundation of Comparative Politics*. New York, 2010.
231. Pandeya P.K. *Human Rights: An Indian Perspective // Philosophical Foundations of Human Rights*. Paris: UNESCO, 1986.
232. Patel D. *The Religious Foundations of Human Rights: A perspective from the Judeo-Christian Tradition and Hinduism // Human Rights Law Commentary. Vol. 1*. 2005.

233. Persson T., Tabellini G., *The Economic Effects of Constitution*. Cambridge, MA, 2003.
234. Pfersmann O. *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale: théorie, pratique, limites // La revision de la constitution*. Paris: Economina, 1993.
235. Posner R. *Economic Analysis of Law*. Aspen, 2003.
236. Przeworski A. *Methods of Cross-National Research: an Overview // Comparative Policy Research: Learning from Experience / Ed. by M.Dierkes*. Aldershot, 1987.
237. Quivy R., van Campenhout L. *Manuel de 466ompare466o en sciences sociales*. Dunod, 2011.
238. Ragin Ch.C. *Fuzzy-Set Social Science*. Chicago, London, 2000.
239. Roach K. *Anti-Terrorism and Militant Democracy: Some Western and Eastern Responses // Militant Democracy / Ed. by A. Sajo*. Amsterdam: Eleven International Publishing, 2004.
240. Rosemont H. *Why Take Rights Seriously? A Confucian Critique // Human Rights and the World's Religions / Ed. by L.S. Rouner*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1988.
241. Rosen L. *Law as Culture: An Invitation*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.
242. Rosenfeld M. *The identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*. New York, 2010.
243. Sacco R. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris, 1991.
244. Sajo A. *Constitutional Sentiments*. New Heaven and London, 2011.
245. Samuel G. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford, 2014.
246. Sarao K.T. *Human Rights in Buddhism // Buddhism and Jainism (Encyclopedia of Indian Religions) / Ed. by K.T. Sarao, J.D. Long*. Springer, 2017.
247. Saunders Ch. *The Impact of Internationalisation on National Constitutions // Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century / Ed. by A. Chen*. Cambridge, 2014.
248. Schauer F. *The Politics and Incentives of Legal Transplantation // Governance in a Globalizing World / Ed. by Nye J., Donahue J*. Washington, 2000.
249. Sharma A. *Hinduism and Human Rights: a Conceptual Approach*. Oxford University Press, 2004.
250. Siems M. *Comparative Law*. Cambridge, 2014.
251. Stake R.E. *The Art of Case Study Research*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1995.
252. Taylor V. *The Law Reform Olympics: Measuring the Effects of Law Reform in Transition Economies // Law Reforms in Developing and Transitional States / Ed. by T. Lindsey*. Oxford: Routledge, 2007.

253. Teubner G. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism // Law and Power: Critical and Socio-legal Essays / Ed. by K. Tuori, Z. Bankowski, J. Uusitalo. Liverpool, 1998.
254. The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke / Ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, 2015.
255. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / Ed. by M. Rosenfeld, A. Sajo. Oxford, 2012.
256. The Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford University Press, 2008.
257. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges / Ed. by T. Groppi, M.-C. Ponthoreau. Oxford, Portland, 2013.
258. Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune / Ed. by A. von Bogdandy, E.F. Mac-Gregor, M.M. Antoniazzi, F. Piovesan, and X. Soley. Oxford, 2017.
259. Tushnet M. Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law // The Migration of Constitutional Ideas / Ed. by S. Choudhry. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
260. Twining W. Comparative Law and Legal theory: the Country and Western Tradition // Comparative Law in Global Perspective / Ed. by I.D. Edge. New York, 2000.
261. Tyulkina S. Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond. London and New York, 2015.
262. Valcke C. "Droit": réflexions sur une définition aux fins de comparaison // Comparer les droit, résolument / Sous la dir. De P. Legrand. Presses Universitaires de France, 2009.
263. Watson A. Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. Athens, London, 1993.
264. Yin R.K. Case Study Research: Design and Methods. SAGE Publications, 2003.

Статьи, опубликованные в периодических печатных изданиях

265. Алебастрова И.А. Доктринальная характеристика предмета конституционного права как фактор укрепления или преодоления отраслевой дисфункции // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 6. С. 50-60.
266. Аничкин Е.С., Каширский Д.В. Конституционная психология как отрасль научного знания и феномен культуры // Психология и право. 2019. № 2. С. 130-140.
267. Арато Э. (Контр)революция урны для голосования Орбана – как она стала возможна // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3. С. 13-20.

268. Арбузкин А.М., Кененова И.П., Ковалева Т.К., Троицкая А.А. Законодательная инициатива: ожидания, результаты и перспективы // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 1. С. 45-49.
269. Баранов П.П. Легистский позитивизм в современной России // Северо-Кавказский юридический вестник. 2015. № 1. С. 9-15.
270. Белов С.А. Ценности российской Конституции в тексте и в практике его толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4. С. 68-83.
271. Бельский К.С., Зайцева Л.А. Методология и метод познания в праве (общетеоретические аспекты) // Юридическое образование и наука. 2010. № 3. С. 35-40.
272. Бланкенагель А. Конституционные суды, социальные права и социальное государство // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2003. №1. С. 42-44.
273. Бланкенагель А. О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 51-52.
274. Бланкенагель А., Левин И. В принципе нельзя, но можно!.. Конституционный Суд России и дело об обязательности решений Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 5. С. 152-162.
275. Бланкенагель А., Левин И. Новый Верховный Суд Российской Федерации – решение мнимо существующих старых или создание новых проблем? // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3. С. 72-80.
276. Бланкенагель А., Левин И. Свобода собраний и митингов в Российской Федерации – сделано в СССР?: «Лучше мы не можем» или «По-другому не хотим»? // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 2. С. 55-62.
277. фон Богданди А. Доктринальный конструктивизм в прошлом и будущем: стратегия ответа на насущные вопросы, стоящие перед конституционно-правовой наукой в Европе // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 1. С. 39-66.
278. Бондарь Н., Джагарян А. Прямое действие Конституции: генерация и гарантирование конституционным правосудием // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 3. С. 52-78.
279. Вайпан Г. Трудно быть богом: Конституционный Суд России и его первое дело о возможности исполнения постановления Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 107-124.
280. Васильева Т.А. Суд ЕС и конституционные суды государств-членов Европейского Союза в поисках конституционной идентичности // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2019. № 2. С. 32-58.

281. Варламова Н.В. Принципиальное единство права и прав человека // Труды института государства и права Российской академии наук. 2018. № 4. С. 83-124.
282. Воронина Н.Ю. Кант как «неклассический» мыслитель // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Философия. Филология». 2006. № 1. С. 28-41.
283. Выдрин И.В. Конституционный Суд и развитие науки конституционного права // Вестник Уральского института экономики, управления и права. 2015. № 2. С. 74-81.
284. Глухарева Л.И. Объект и предмет юридического исследования // История государства и права. 2009. № 15. С. 40-43.
285. Глухарева Л.И. Юридическая догматика и догматическое мышление в российской доктрине права // Вестник РГГУ. Серия Экономика. Управление. Право. 2017. № 4. С. 102-116.
286. Гордиевская М.Л. Скрытые категории русского языка и формирование синтаксического запрета: к постановке проблемы // *Studia z Filologii Polskiej i Slowianskiej*. Vol. 51. 2016. С. 120-139.
287. Дамирли М. А. Теоретико-методологические проблемы сравнительного правоведения: попытка актуализации и некоторые размышления // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3. С. 47-53.
288. Диксон Р., Ландау Д. Транснациональный конституционализм и ограниченная доктрина неконституционного изменения конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. С. 32-63.
289. Должиков А. Конституционные социальные права и их юстициабельность // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 6. С. 16-49.
290. Должиков А. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 125-151.
291. Домбровски Е.В., Фролова Т.А. Особенности сравнительного метода исследования при сравнении национальных и наднациональных правовых явлений // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2014. № 4. С. 11-18.
292. Жуков В.Н. Юриспруденция как наука: возвращение к забытым истинам // Государство и право. 2017. № 9. С. 5-25.
293. Заикин С. Высший Арбитражный Суд: данные удалены // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3. С. 54-71.
294. Захарова М. История развития идей сравнительного правоведения // *Lex Russia*. 2011. № 2. С. 199-223.
295. Зборовский Г.Е. Социальное сравнение как повседневное явление и социологическая проблема // Социологические исследования. 2005. № 12. С. 13-23.
296. Зорькин В.Д. Предел уступчивости // Российская газета. 29 октября 2010 года. № 246.

297. Ильин А. Об одной эвристической точке зрения, касающейся сходства прямого конституционного и административного судебного нормоконтроля // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4. С. 35-55.
298. Киреев Д.А. Искажения пропорциональности в избирательных системах Российской Федерации и Федеративной Республики Германия // Вестник Московского университета. Серия Право. 2019. № 4. С. 92-105.
299. Ковлер А.И. Конституция России как сравнительный проект (к истории создания Конституции Российской Федерации) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 1. С. 8-14.
300. Коломейцев Е.А. К вопросу о криптотипе Сводеша // Филологические науки. 2017. № 3. С. 23-25.
301. Комарова В.В. Скрытые полномочия Президента России: вопросы теории и практики // Вестник Университета имени Кутафина. 2018. № 6. С. 15-23.
302. Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3. С. 59-81.
303. Кравец И.А. Конституционная герменевтика: проблемы определения и роль в правовой системе // Гуманитарные науки в Сибири. 2000. № 1. С. 95-99.
304. Краснов М.А. «Конституционные страхи» // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 6. С. 3-11.
305. Краснов М. Могут ли поправлять Конституцию решения о ее толковании? // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 1. С. 77-91.
306. Краснов М.А. Некоторые гипотезы о причинах возвращения России к потестарному типу государства // Право: история и современность. 2017. № 1. С. 8-17.
307. Краснов М.А. Персоналистский режим в России: опыт институционального анализа // Политическая концептология. 2012. № 1. С. 160-277.
308. Кресин А. В. Критерии в вопросе о генезисе сравнительного правоведения // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 1. С. 14-23.
309. Кресин А.В. Формирование теоретико-методологических основ сравнительного правоведения в работах Пауля Иоганна Анзельма фон Фейербаха // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 1. С. 69-83.
310. Крусс В.И. Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы // Государство и право. 2000. № 10. С. 43-50.
311. Кряжков В.А. Поправки к Конституции Российской Федерации: правовые основы, пределы и их обеспечение // Государство и право. 2016. № 1. С. 5-12.

312. Кряжкова О.Н. Возможно ли упразднение Конституционного Суда Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4. С. 56-67.
313. Кряжкова О. Новый раунд борьбы за права сексуальных меньшинств: комментарий к Постановлению Конституционного Суда России от 23 сентября 2014 года № 24-П // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 6. С. 123-131.
314. Кузьмин И.А. Формально-юридический метод в составе методологии компаративистского исследования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 18-29.
315. Кюппер Г. Конституционное развитие в Венгрии в 2011–2013 годах: конец демократии всё ещё за горами, но горы стали чуть ниже // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 5. С. 44-66.
316. Лаки К. Сводная таблица президентских полномочий в странах Восточной Европы // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1993. № 4 / 1994. № 1. С. 97-108.
317. Любарев А.Е. Сравнение германской и российской избирательных систем // Юридические исследования. 2013. № 11. С. 1-29.
318. Маврин С.П. Конституционные ценности и их роль в российской правовой системе // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 3. С. 1-13.
319. Малько А.В., Давыдов П.А., Люкина О.В. Стратегия развития правосудия в Российской Федерации: проблемы теории и практики // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 3. С. 84-88.
320. Малько А. В., Саломатин А. Ю. Сравнительное правоведение в российском юридическом образовании // Государство и право. 2011. № 2. С. 39-45.
321. Медушевский А.Н. Глобальный конституционализм как правовая теория и идеология переустройства мирового порядка // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 1. С. 15-42.
322. Микиртумов И.Б. Аргументация и легитимность: дело Маркина // РАЦИО.ru. 2015. № 15. С. 97-133.
323. Моисеев Н.Н. Естественнонаучное знание и гуманитарное мышление // Общественные науки и современность. 1993. № 2. С. 63-75.
324. Назаров В. Эволюция моделей федерализма – российский и зарубежный опыт // Экономическая политика. 2007. № 1. С. 121-135.
325. Нечаев А.Н. Основные типы правопонимания по академику В.С. Нерсесянцу // Вестник Тамбовского университета. Серия Гуманитарные науки. 2010. № 7. С. 290-294.
326. Немытина М.В. Цивилизационно-культурный подход в правоведении // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 4. С. 28-40.

327. Никаноров С.П., Масленников Е.В. Социологические исследования и концептуальный анализ // Социология: методология, методы, математическое моделирование (4М). 1996. № 7. С. 53-61.
328. Нуссбергер А. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод – Конституция для Европы? // Международное правосудие. 2019. № 2. С. 3-19.
329. Нуссбергер А. Независимость судебной власти и верховенство права в практике Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. С. 142-151.
330. Нуссбергер А. Ограничения президентской власти в посткоммунистических странах // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 5. С. 53-68.
331. Осаке К. Размышление о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3. С. 54-71.
332. Осятыньский В. Парадоксы конституционного заимствования // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 53-67.
333. Партлетт У. Постсоветское суперпрезидентство // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 3. С. 103-123.
334. Пилипенко А.Н. Сравнительное конституционное и административное право: от истоков до современности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 5. С. 746-751.
335. Пинель Х. Разграничение полномочий: испанский опыт и российские проблемы // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 3. С. 138-154.
336. Пригожин И. Философия нестабильности // Вопросы философии. 1991. № 6. С. 46-57.
337. Пчелинцев А. Юридическое религиоведение как новое междисциплинарное направление в науке и образовании // Право и образование. 2009. № 7. 29-37.
338. Румянцев А. «Избыточные» мандаты и проблема легитимности в немецком избирательном праве // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 8. С. 5-15.
339. Румянцев А.Г. Саксония - Москва: отношения между властью и внесистемной оппозицией в свете региональных выборов // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 1. С. 57-80.
340. Ряховская Т.И. К вопросу о государственно-правовой традиции и конституционной психологии в российской среде // Российско-Азиатский правовой журнал. 2019. № 4. С. 23-25.
341. Сафоклов Ю. Гарантия обеспечения прожиточного минимума как следствие принципа социального государства // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 4. С. 102-117.

342. Слыщенко В.А. Сравнительное право и культура: размышления о культурном измерении правопорядка // Правоведение. 2014. № 2. С. 17-61.
343. Смилов Д. Популизм как антипатернализм // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 3. С. 15-26.
344. Смук П. Конституционные изменения и конституционная реальность в Венгрии // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 5. С. 32-43.
345. Сондерс Ч. На пути к глобальному конституционному генофонду // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 6. С. 99-122.
346. Сорокин В.В. Позитивистский подход к правопониманию: опыт, перспективы // Юридическое образование и наука. 2006. № 4. С. 3-6.
347. Степанов Д. Идеологическая нейтральность институтов конституционного дизайна // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 3. С. 46-70.
348. Танчев Е. Социальное государство (всеобщего благосостояния) в современном конституционализме // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 4. С. 60-67.
349. Троицкая А.А. Воинствующая демократия и запрет политических партий: практика впереди теории? // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 9. С. 12-21.
350. Троицкая А.А. Конституционализм: перспективы развития в России // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 6. С. 21-27.
351. Троицкая А.А. Конституционный принцип социального государства: перспективы реализации в Российской Федерации // Право и экономика. 2012. № 10. С. 72-79.
352. Троицкая А. Междисциплинарность в сравнительном конституционно-правовом исследовании // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 5. С. 57-77.
353. Троицкая А.А. Об основных критериях, факторах и условиях выбора последовательности конституционной модернизации в сравнительном аспекте // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 10. С. 49-61.
354. Троицкая А. Образование для компетентного юриста: сравнительный метод и *case-law* в конституционном праве // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 1. С. 47-56.
355. Троицкая А.А. Объекты сравнения в конституционном праве // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2018. № 3. С. 41-58.
356. Троицкая А. Основные права: происхождение, юридическая природа и пределы защиты // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 1. С. 65-81.
357. Троицкая А. Парламентская оппозиция в системе разделения властей: организационные гарантии и доступные инструменты // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 1. С. 67-81.

358. Троицкая А. Право на протест: содержание и эффективность реализации // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 5. С. 34-42.
359. Троицкая А.А. Пределы пересмотра конституции: формальный и содержательный аспекты // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2010. № 1. С. 58-67.
360. Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2. С. 45-69.
361. Троицкая А.А. Пределы публичной власти: конституционно-правовое осмысление // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2009. № 5. С. 43-61.
362. Троицкая А. Российский Конституционный Суд и проверка поправок к Конституции: Как распахнуть приоткрытую дверь // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. С. 96-115.
363. Троицкая А. А. Сравнение и сравнительный метод в науке конституционного права: особенности использования // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 2. С. 7–13.
364. Троицкая А.А. Сравнительный метод в конституционном праве: между презумпциями сходства и различий // Труды Института государства и права. 2019. № 5. С. 84-113.
365. Троицкая А.А. Третий элемент: в поисках основания сравнения в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 7. С. 3-12.
366. Троицкая А. А. Участие органов конституционного контроля в изменении конституции: сравнительный аспект // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 6. С. 1058-1064.
367. Троицкая А. Федерация и региональное государство: где проходит граница? // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 6. С. 27-37.
368. Троицкая А.А. Философские основания методологии науки конституционного права // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 12. С. 3-9.
369. Троицкая А.А. Цели сравнительных исследований в конституционном праве // Государство и право. 2018. № 7. С. 21-38.
370. Троицкая А. Ценности российской Конституции: эффект наблюдателя? // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4. С. 84-98.
371. Троицкая А.А., Храмова Т.М. Использование органами конституционного контроля зарубежного опыта // Государство и право. 2016. № 8. С. 5-22.
372. Троицкая А., Храмова Т. Основы основ: экспрессивный и функциональный потенциал конституционных устремлений // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1. С. 54-79.
373. Тузов В.В. Методы синергетики // Библиосфера. 2009. № 4. С. 8-14.

374. Федосов П.А. Чему учит мировой опыт бикамерализма // Аналитический вестник Совета Федерации. 2017. № 10. С. 7-19.
375. Хаберле П. Открытое общество толкователей конституции // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2003. № 1. С. 21-28.
376. Храмова Т. С. Австралия: Конституция без прав и права вне Конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 14-28.
377. Храмова Т.М. Небезопасная свобода: о пределах ограничений свободы собраний в целях охраны общественного порядка и безопасности // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3. С. 42-53.
378. Храмова Т. Право на уважение гендерной идентичности: новые стандарты автономии личности // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 3. С. 54-68.
379. Худолей Д.М. О предмете и методе сравнительного конституционного права // Вестник Пермского университета. 2013. № 2. С. 84-92.
380. Чиркин В.Е. Современные глобальные модели основных прав человека: новый подход // Вестник Университета имени О.Е.Кутафина. 2015. С. 127-134.
381. Швандерова А.Р. Сравнительный метод в изучении истории права и государства в теоретическом наследии М.М. Ковалевского, П.Г. Виноградова и Ф.В. Тарановского // Философия права. 2017. № 1. С. 12-17.
382. Шеппели К.Л. Конституционализм заимствования и отвержения: изучение кроссконституционного влияния с помощью негативных моделей // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3. С. 77-93.
383. Шишкина Ю.С. Медико-правовые проблемы смены пола // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2010. № 73. С. 66-70.
384. Шонталь Б. Метаморфозы буддийского конституционализма в Южной и Юго-Восточной Азии // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 4. С. 57-84.
385. Шустров Д.Г. Конституционная революция и возникновение принципа пропорциональности // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1. С. 92-116.
386. Якобсон Г. Дж. Неконституционная конституция? Сравнительный обзор // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 4. С. 145-161.
387. Alford R.P. In Search of a Theory for Constitutional Comparativism // UCLA Law Review. 2005. Vol. 52. No. 3. P.639-714.
388. Auld. F.C. Methods of Comparative Jurisprudence // The University of Toronto Law Journal. Vol. 8. 1949. No. 1. P. 83-92.
389. Backer L.C. The Party as Polity, The Communist Party, and the Chinese Constitutional State: A Theory of State-Party Constitutionalism // Journal of Chinese and Comparative Law. Vol.16. 2009. No. 1. P.101-168.
390. Badge U. Essential elements of human rights in Buddhism // Journal of Law and Conflict Resolution. Vol.6. 2014. No. 2. P. 33-38.

391. Banakar R. Power, Culture and Method in Comparative Law // *International Journal of Law in Context*. Vol. 5. 2009. No. 1. P. 69-85.
392. Banakas E.K. Some Thoughts on the Method of Comparative Law: the Concept of Law Revisited // *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Vol. 67. 1981. No. 3. P.289-309.
393. Baraggia A. Challenges in Comparative Constitutional Law Studies: Between Globalization and Constitutional Tradition // *Law and Method*. 2017.
394. Barak A. Unconstitutional Constitutional Amendments // *Israel Law Review*. Vol. 44. 2011. P. 321-341.
395. Bourne A.K., Bértoa F.C. Mapping ‘Militant Democracy’: Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015) // *European Constitutional Law Review*. Vol. 13. 2017. No. 2. P. 221-247.
396. Brand O. Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies // *Brooklin Journal of International Law*. Vol. 32. 2007. No. 2. P. 406-466.
397. Choudhry S. Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation // *Indiana Law Journal*. Vol. 74. 1999. No. 3. P. 819-892.
398. Choudhry S. Method in Comparative Constitutional Law: a Comment of Law and Versteeg // *New York University Law Review*. Vol. 87. 2012. No.6. P. 2078-2087.
399. Curran V.G. Comparative Law and Legal Origin Thesis: Non scholae sed vitae discimus // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 57. 2009. No. 4. P.863-876.
400. Curran V.G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 46. 1998. No. 1. P. 43-92.
401. Derrida J. La forme et le vouloir-dire. Note sur la phénoménologie du langage // *Revue International de Philosophie*. Vol. 21. 1967. No. 3. P. 277-299.
402. Dixon R. Proportionality and Comparative Constitutional Law Versus Studies // *Law and Ethics of Human Rights*. Vol. 12. 2018. No. 2. P.203-224.
403. Dorsen N. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 3. 2005. No. 4. P. 519-541.
404. Drobning U. Methods of Sociological Research in Comparative Law // *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. Vol. 35. 1971. No. 3. P.496-504.
405. Eberle E.J. The Method and Role of Comparative Law // *Washington University Global Studies Law Review*. Vol. 8. 2009. No. 3. P. 451-486.
406. Ewald W. B. Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat // *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 143. 1995. No. 6. P. 1889-2149.
407. Ewald W. Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants // *The American Journal of Comparative Law*. 1995. Vol. 43. No. 4. P. 489-510.

408. Ewald W. Posner's Economic Approach to Comparative Law // *Texas International Law Journal*. Vol. 33. 1998. P. 381-386.
409. Ewald W. The Jurisprudential Approach to Comparative Law: a Field Guide to "Rats" // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 46. 1998. No. 4. P. 701-707.
410. Field M. The differing federalism of Canada and the United States // *Law and Contemporary Problems*. Vol. 55. 1992. No.1. P.107-120.
411. Fleming J.E. Fidelity, Change, and the Good Constitution // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 62. 2014. No. 3. P.515-546.
412. Fontana D. Refined Comparativism in Constitutional Law // *UCLA Law Review*. 2001. Vol.49. No. 2. P. 539-623.
413. Fontana D. The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era // *Yale Journal of International Law*. Vol. 36. 2011. No. 1. P. 1-53.
414. Frankenberg G. Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, and Ideology – Toward a Layered Narrative // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 4. 2006. No. 3. P. 439-459.
415. Frankenberg G. Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law. *Harvard International Law Review*. Vol. 26.1985. No. 2. P. 411-456.
416. Gerber D. Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language // *Rethinking the Masters of Comparative Law* / ed. by A. Riles. Hurt Publishing, 2001. P. 190-208.
417. Glendon M.-A. Rights in Twentieth-Century Constitutions // *University of Chicago Law Review*. Vol. 59. 1992. No. 1. P. 519-538.
418. Glenn P. Persuasive Authority // *McGill Law Journal*. 1987. Vol. 32. No.2. P. 261-298.
419. Gordley J. Comparison, Law, and Culture: A Response to Pierre Legrand // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 65. 2017. No. 1S. P. 133-180.
420. Hadfield G.K. The Strategy of Methodology: The Virtues of Being Reductionist for Comparative Law // *The University of Toronto Law Journal*. Vol. 59. 2009. No. 2. P. 223-224.
421. Hailbronner M. Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 65. 2017. No. 3. P. 527-565.
422. Hall J. Comparative Law and Jurisprudence // *Buffalo Law Review*. Vol. 16. 1966. P. 61-66.
423. Harvey P. Militant Democracy and the European Court of Human Rights // *European Law Review*. Vol. 29. 2004. No. 3. P.407-420.
424. Henckels C. Proportionality and the Separation of Powers in Constitutional Review: Examining the Role of Judicial Deference // *Federal Law Review* . Vol. 45. 2017. No. 2. P. 181-197
425. Hirschl R. Editorial // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 11. 2013. No. 1. P. 1-12.
426. Hirschl R. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law // *The American Journal of Comparative Law*. 2005. Vol. 53. No. 1. P. 125-156.

427. Hirschl R. The Rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on Substance and Method // *Indian Journal of Constitutional Law*. 2008. No. 2. P. 11-37.
428. van Hoecke M. Methodology of Comparative Legal Research // *Law and Method*. 2015. No.12.
429. van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Toward a New Model for Comparative Law // *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47. 1998. No. 3. P. 495-536.
430. Husa J. Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? // *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. Vol. 67. 2003. No. 3. P. 419-447.
431. Husa J. Interdisciplinary Comparative Law – Between Scylla and Charybdis? // *Journal of Comparative Law*. 2014. Vol. 9. No.2. P. 28-42.
432. Izorche M.-L. Propositions methodologiques pour la comparaison // *Revue internationale de droit compare*. Vol. 53. 2001. № 2. P. 289-325.
433. Jackson V.C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement // *Harvard Law Review*. Vol. 119. 2005. P. 109-128.
434. Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // *Penn State International Law Review*. Vol. 28. 2010. P. 319-326.
435. Jackson V. C. Narratives of Federalism: of Continuities and Comparative Constitutional Experience // *Duke Law Journal*. 2001. Vol. 51. No. 1. P. 223-287.
436. Jacobsohn G.J. Constitutional Identity // *The Review of Politics*. Vol. 68. 2006. No. 3. P. 361-397.
437. Jacobsohn G. The Permeability of Constitutional Borders // *Texas Law Review*. Vol. 82. 2004. P. 1763-1818.
438. Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law // *Modern Law Review*. Vol. 37. 1972. No. 1. P.1-27.
439. Kelsen H. Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics // *The American Political Science Review*. 1948. Vol. 42. P. 906-914.
440. Kelsen H. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) // *Revue du droit public et de la science politique*. 1928. No. 2. P. 197-257.
441. Klerman D., Mahoney P.G. Legal Origins? // *Journal of Comparative Economics*. 2007. Vol. 35. P. 278-293.
442. Kokkini-Iatridou D. Some Methodological Aspects of Comparative Law; the Third Part of a (Pre)paradigm // *Netherlands International Law Review*. Vol. 33. 1986. No. 2. P.143-194.
443. Kumm M. What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement // *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 46 (2006).
444. Landau D. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law // *Harvard International Law Journal*. Vol. 51. 2010. No. 2. P. 319-377.

445. Langbein J.H. The German Advantage in Civil Procedure // The University of Chicago Law Review. Vol. 52. 1985. No. 4. P.823-866.
446. Law D. Generic Constitutional Law // Minnesota Law Review. Vol. 89. 2005. P. 652-751.
447. Law D.S. Globalization and the Future of Constitutional Rights // Northwestern University Law Review. Vol. 102. 2008. No. 3. P. 1-89.
448. Law D. Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy // University of Pennsylvania Law Review. 2015. No. 4. P.927-1036.
449. Law D.S., Versteeg M. The Declining Influence of the United States Constitution // New York University Law Review. Vol. 87. 2012. No. 3. P. 762-858.
450. Lee S.-H. Was There a Concept of Rights in Confucian Virtue-Based Morality? // Journal of Chinese Philosophy. Vol. 19. 1992. No. 3. P. 241-261.
451. Legarre S. Towards a New Justificatory Theory of Comparative Constitutional Law // Strathmore Law Journal. Vol. 1. 2015. No. 6. P. 90-190.
452. Legrand P. Á propos d'une réflexion sur la comparaison juridique // Revue Internationale du droit compare. 1993. Vol. 45. No. 4.
453. Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity // Journal of Comparative Law. Vol.1. 2006. No. 2.
454. Legrand P. European Legal Systems are not Converging? // International and Comparative Law Quarterly. 1996. Vol. 45. No. 1. P. 52-81.
455. Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding // Journal of Comparative Law . Vol. 6. 2011. No. 2. P. 67-177.
456. Legrand P. John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue // American Journal of Comparative Law. Vol.47. 1999. No.1. P. 3-66.
457. Legrand P. The Impossibility of "Legal Transplants" // Maastricht Journal of European and Comparative Law. Vol. 4. 1997. No.2. P. 111-124.
458. Levinson S. Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections // Texas International Law Journal. 2004. Vol. 39. No. 3.
459. Lijphart A. Comparative Politics and the Comparative Method // The American Political Science Review. Vol. 65. 1971. No. 3. P. 682-693.
460. Loewenstein K. Militant Democracy and Fundamental Rights // The American Political Science Review. Vol. 31. 1937. No. 3. P. 417-432.
461. Luhmann N. The Paradox of Observing Systems // Cultural Critique. 1995. No. 31 (part 2). P. 37-55.
462. Macklem P. Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe // Constellations. Vol. 19. 2012. No. 4. P. 575-590.
463. Mahoney J. Comparative-Historical Methodology // Annual Review of Sociology. Vol. 30. 2004. P. 81-101.
464. Mahoney J., Goertz G. A Tale of Two Cultures: Contrasting Quantitative and Qualitative Research // Political Analysis. Vol. 14. 2006. P. 227-249.

465. Maturana, H. R. The Organization of the Living: A Theory of the Living Organization // *International Journal of Man Machine Studies*. Vol. 7. 1975. No. 3. P. 313-332.
466. Michailakis D. Law as an Autopoietic System // *Acta Sociologica*. Vol. 38. 1995. No. 4. P. 323-337.
467. Miller J.M. A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 51. 2003. No. 4. P. 839-886.
468. Mingers J. The Cognitive Theories of Maturana and Varels // *Systems Practice*. Vol. 4. 1991. No. 4. P. 319-338.
469. Molier G., Rijpkema B. Germany's New Militant Democracy Regime: National Democratic Party II and the German Federal Constitutional Court's 'Potentiality' Criterion for Party Bans // *European Constitutional Law Review*. 2018. Vol. 14. No. 2. P. 393-409.
470. Möller K. Proportionality: Challenging the Critics // *International Journal of Comparative Law*. Vol. 10. 2012. No. 3. P. 709-731.
471. Nadeau R. Confucianism and the Problem of Human Rights // *Intercultural Communication Studies*. Vol. 11. 2002. No. 2. P.107-111.
472. Neves M. From Autopoiesis to the Allopoiesis of Law // *Journal of Law and Society*. Vol. 28. 2001. No. 2. P. 242-264.
473. Palmer V.V. From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 53. 2005. No. 1. P. 261-290.
474. Peerenboom R. Toward a Methodology for Successful Legal Transplants // *The Chinese Journal of Comparative Law*. Vol. 1. 2013. No. 4. P. 4-20.
475. Peters A., Schwenke H. Comparative Law Beyond Post-Modernism // *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 49. 2000. No 4. P. 800-834.
476. Post R.C. Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law // *Harvard Law Review*. Vol. 117. 2003. No.4. P. 4-112.
477. van Reenen T.P. Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (1): the Nature and Role of the Tertium Comparationis // *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. Vol. 28. 1995. No. 2. P. 175-199.
478. van Reenen T.P. Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (2): the Comparability of Positive Legal Phenomena // *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. Vol. 28. 1995. No. 3. P. 407-421.
479. Reitz J. How to Do Comparative Law // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 46.1998. No. 4. P. 617-636.
480. Rheinstein M. Teaching Comparative Law // *University of Chicago Law Review*. Vol. 5. 1938. No 4. P. 615-624.
481. Riles A. Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information // *Harvard International Law Review*. Vol. 40. 1999. P. 221-283.

482. Roux T. The Dignity of Comparative Constitutional Law // *Acta Juridica*. Vol. 185. 2008. P. 185-203.
483. Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I) // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 39. 1991. No. 1. P. 1-34.
484. Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (II) // *The American Journal of Comparative Law*. Vol.39. 1991. No. 2. 343-401.
485. Sankaran S, Sekerdej M, von Hecker U. The Role of Indian Caste Identity and Caste Inconsistent Norms on Status Representation // *Frontiers in Psychology*. Vol. 8. 2017. Art. 487.
486. Sartori G. Comparing and Miscomparing // *Journal of Theoretical Politics*. Vol. 3. 1991. No. 3. P. 243-257.
487. Saunders Ch. Comparative Constitutional Law in Courts: Is There a Problem? // *Current Legal Problems*. Vol. 59. 2006. No. 1. P. 91-127.
488. Scarciglia R. A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times // *Beijing Law Review*. 2015. No. 6. P. 296-310.
489. Scheppele K. L. The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists do not Work // *Governance*. Vol. 26. 2013. No. 4. P. 559-562.
490. Schlesinger R.B. The Past and Future of Comparative Law // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 43. 1995. No. 3. P. 477-481.
491. Spamann H. Large-Sample, Quantitative Research Designs for Comparative Law // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 57. 2009. No. 4. P. 797-810.
492. Stone A. Comparativism in Constitutional Interpretation // *New Zealand Law Review*. 2009. P. 45-68.
493. Subedi S.P. Are the Principles of Human Rights “Western” Ideals? An Analysis of the Claim of the “Asian” Concept of Human Rights from the Perspectives of Hinduism // *California Western International Law Journal*. Vol. 30. 1999. No.1. Art. 3.
494. Teubner G. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law // *Law and Society Review*. Vol. 23. 1989. No. 5. P. 727-758.
495. Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences // *The Modern Law Review*. Vol. 61. 1998. No. 1. P. 11-32.
496. Tenorio P. Comparative Law in the Decisions of the Spanish Constitutional Court // *Percorsi Costituzionali*. 2017. No. 3. P. 903-918.
497. Tezcür G. Constitutionalism, Judiciary, and Democracy in Islamic Societies // *Polity*. 2007. No. 4. P. 479-501.
498. Tucker C. Regional Human Rights Models In Europe And Africa: A Comparison // *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. Vol. 10. 1983. No.1. P. 135-168.
499. Tushnet M. The Inevitable Globalization of Constitutional Law // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 49. 2009. No.4. P. 985-1006.
500. Tushnet M. The Possibilities of Comparative Constitutional Law // *Yale Law Journal*. Vol. 108. 1999. No. 6. P. 1225-1309.

501. Tushnet M.V. When Knowing Less Better than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law // *Minnesota Law Review*. 2006. Vol. 90. P. 1275-1302.
502. Twiss S.B. Torture, Justification, and Human Rights: Toward an Absolute Proscription // *Human Rights Quarterly*. Vo. 29. 2007. No. 2. P. 346-367.
503. Valcke C. Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 52. 2004. No. 3. P. 713-740.
504. de Visser M. A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform // *American Journal of Comparative Law*. Vol.64. 2015. No. 4. P. 963-1008.
505. Webber I.L. Sociology: Parochial or Universal // *Social Forces*. 1981. Vol. 60. No. 2. P. 416-431.
506. Weber R. Comparative Philosophy and the Tertium: Comparing What with What, and in What Respect // *Journal of Comparative Philosophy*. Vol. 13. 2014. No. 2. P.151-171.
507. Whytock Ch.A. Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law // *Brigham Young University Law Review*. 2009. No. 6. P. 1879-1905.
508. Whytock Ch. Taking Causality Seriously in Comparative Constitutional Law: Insights from Comparative Politics and Comparative Constitutional Economy // *Loyola of Los Angeles Law Review*. Vol. 41. 2008. P. 629-682.
509. Winterton G. Comparative Law Teaching // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 23. 1975. No. 1. P. 69-118.
510. Zainal Z. Case Study as a Research Method // *Jurnal Kemanusiaan*. Vol. 5. 2007. No. 1.
511. Zucca L. Montesquieu, Methodological Pluralism and Comparative Constitutional Law // *European Constitutional Law Review*. Vol. 5. 2009. No. 3. P. 481-500.
512. Zweigert K., Kötz H.-J. Critical Evaluation in Comparative Law // *The Adelaide Law Review*. Vol. 5. 1976. No. 4. P. 343-356.

Диссертационные исследования, авторефераты диссертаций

513. Данилова Н.В. Французская модель конституционной юстиции и ее рецепция государствами Африки и Азии. Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2012.
514. Ереклинцева Е.В. Суверенитет и демократия как конституционные ценности современной России: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2010.
515. Кадем Азхар Сабер. Сравнительная характеристика реализации прав женщин в Российской Федерации и Ираке: конституционно-правовой анализ. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2014.

516. Карасёва И.А. Конкуренция конституционных ценностей в практике Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных судов зарубежных стран. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2014.
517. Кондратьева М.А. Конституционное право и политика в Российской Федерации: соотношение в сфере регулирования и конституционного контроля. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010.
518. Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм. Автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2014.
519. Маркова Е.Н. Свобода совести и религии: негативное измерение и защита убеждений личности. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2019.
520. Матвеев О.В. Конституционно-правовые основы территориальной организации испанского государства. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2019.
521. Молчаков Н.Ю. Концепция регионалистского государства и ее реализация в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2018.
522. Орехович А.В. Развитие регионализма в странах Европы: конституционно-правовой аспект. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011.
523. Пантыкина М. И. Феноменология правовой жизни: методологи и социально-философский аспект исследования. Автореф. дисс. ... докт. философ. Наук. Екатеринбург, 2010.
524. Пищулин А.В. Юридический позитивизм в современном правопонимании. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010.
525. Остапович И.Ю. Конституционно-контрольное нормотворчество специализированных органов конституционного контроля Российской Федерации, Республики Беларусь и Республики Казахстан (сравнительно-правовое исследование). Дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2017.
526. Соловьева Н.С. Философия как метафизика: И.Кант и Баденская школа неокантианства. Автореф. дисс. ... канд. философ. Наук. Екатеринбург, 2010.
527. Таева Н.Е. Толкование конституционно-правовых норм в Российской Федерации. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

Официальные и научные публикации в сети Интернет

528. Аверин М.Б., Никитин П.В., Федорченко А.А. Сравнительно-правовой и структурно-системный методы в юридической науке // <http://distance.rpa-mu.ru/files/mg/imun/thm/tsm13.html>
529. Актуальные проблемы деятельности Конституционного Суда РФ: вопросы и ответы. Выступление Председателя Конституционного Суда РФ // <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=74>

530. Вельяновски Ц.Г. Экономический подход к праву: критическое вступление // http://www.nsu.ru/nif/people_1/016.pdf.
531. Зорькин В.Д. Проблемы реализации конвенции о правах человека // <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=72>.
532. Послание Д.А. Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации, 5 ноября 2008 года // <http://kremlin.ru/events/president/transcripts/1968>
533. Пояснительная записка к проекту Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации публичной власти» // <https://sozd.duma.gov.ru/bill/885214-7>
534. Breyer S. Reflexions Relatives Au Principe De Fraternite. Speech to the 30th Congress of the Association of French-Speaking Constitutional Courts (June 20, 2003) // http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeech/sp_06-20-03.
535. Confirmation Hearing of the Nomination of J.G. Roberts to Be Chief Justice of the United States // <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CHRG-ROBERTS/pdf/GPO-CHRG-ROBERTS.pdf>.
536. Favoreu L., Philippe X. La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958 // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-18.17365.html>.
537. van Hoecke M. Is There Now a Comparative Legal Scholarship? // <https://biblio.ugent.be/publication/8529610/file/8529611>.
538. Kumm M. How populist authoritarian nationalism threatens constitutionalism or: Why constitutional resilience is a key issue of our time, VerfBlog, 2018/12/06 // <https://verfassungsblog.de/how-populist-authoritarian-nationalism-threatens-constitutionalism-or-why-constitutional-resilience-is-a-key-issue-of-our-time/>
539. Levush R. The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments: Israel // <https://www.loc.gov/law/help/domestic-judgment/israel.php>.
540. O'Connor S.D. Remarks to the Southern Center for International Studies, October 28, 2003 // http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/SOUTHERN_CENTER_INTERNATIONAL_STUDIES_Justice_O%27Connor.pdf
541. Partlett W. Why Political Pluralism is Not Enough: Moldova's Constitutional Crisis // <http://www.icconnectblog.com/2019/07/why-political-pluralism-is-not-enough-moldovas-constitutional-crisis/>.
542. Pieters D. Functions of Comparative Law and Practical Methodology of Comparing // <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Functions%20of%20comparative%20law%20and%20practical%20methodology%20of%20comparing.pdf>.
543. Šarčević S. The Challenge of Legal Lexicography: Implications for Bilingual and Multilingual Dictionaries // <http://www.euralex.org>.

544. Schramm W. Notes on Case-studies on Instructional Media Projects // <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED092145.pdf>.
545. Shuttleworth M. Case Study Research Design // <https://explorable.com/case-study-research-design>.
546. Sledzinska-Simon A., Ziółkowski M. Constitutional Identity of Poland: Is the Emperor Putting on the Old Clothes of Sovereignty? (July 5, 2017) // https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997407.