

ЦЕЛИ СРАВНИТЕЛЬНЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ В КОНСТИТУЦИОННОМ ПРАВЕ

© 2018 г. А. А. Троицкая

Юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова

E-mail: stephany@mail.ru

Поступила в редакцию 18.09.2017 г.

Сравнение является распространенным приемом конституционно-правовых исследований. Вместе с тем порядок его применения на практике вызывает вопросы. В статье представлены особенности использования сравнительного метода в зависимости от поставленных в исследовании целей (к каковым автор отнес: 1) информационную цель; 2) цель построения теоретических моделей; 3) цель прагматичного заимствования; 4) цель конвергенции права) и с учетом специфики конституционно-правовых институтов, испытывающих влияние исторических, политических и иных факторов развития конкретного общества и одновременно регулирующих общественные отношения, конфигурируя определенным образом его конституционную идентичность.

Ключевые слова: цели сравнительного метода, типология конституционно-правовых институтов, конституционно-правовые модели, заимствование, конвергенция конституционного права.

DOI: 10.31857/S013207690000247-3

ВВЕДЕНИЕ

Как научная дисциплина сравнительное конституционное право в последние десятилетия может похвастаться заметным ростом внимания к себе. Новые монографии, периодические издания, регулярно проводимые конференции, учебные курсы свидетельствуют об интересе к этой области знания многочисленных продуктивно работающих ученых. Одновременно можно отметить постоянство, с которым в литературе звучат сетования на недостаточность разработки собственно методологических вопросов, с неизбежностью выходящих на передний план, с учетом того, что само название “сравнительное право” предполагает акцент не столько на содержательном аспекте, ассоциируемом обычно с определенными группами общественных отношений, сколько на общих вопросах применения сравнительного метода¹. Иными словами, может быть и не “вместо”, но “вместе” с от-

ветами на вопрос, что мы изучаем, необходимо обозначать позиции по вопросу, как мы изучаем, в рамках сравнительно-правовых исследований.

В данной работе будет уделено внимание еще одному вопросу, позволяющему составить более детальное представление о специфике обращения к сравнительному методу: зачем мы изучаем 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.

Рамки статьи будут ограничены целями применения сравнительного метода именно в конституционно-правовых исследованиях. Не отрицая важности генерализованных идей от-

¹См.: *Siems M. Comparative Law. Cambridge, 2014. P. XVII.*

носителем целей сравнительного правоведения в общем, отметим все же специфику работы с конституционно-правовыми институтами, многие из которых, 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, т.е. конфигурируя определенным образом его конституционную идентичность.

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. Каждое направление деятельности имеет свои задачи², специфику которых мы постараемся учесть.

ИНФОРМАЦИОННЫЕ / КЛАССИФИКАЦИОННЫЕ ЦЕЛИ

Синхронное сравнение может происходить только при условии наличия 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 государства³. В обоих случаях обраще-

ние к конституционному праву зарубежных государств необходимо.

Ситуацию, когда речь идет о сборе и изложении информации 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 метода⁴, а только о создании предпосылок для его использования. Проведение сравнительного 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 право различных государств, в рамках процессов, которые соответствуют герменевтическим процедурам. 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 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

² 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).

³ Хотя оговоримся, что особым случаем можно было бы считать интрагосударственное сравнение (например, институтов, существующих в разных территориальных частях одного и того же государства), более чем осмысленное с точки зрения поиска объектов, различающихся по сравниваемой переменной, но при этом схожих благодаря нахождению в составе одного государства, по ряду прочих переменных, которые можно принять в качестве констант (см.: Lijphart A. Comparative Politics and the Comparative Method // The American Political Science Review. Vol. 65. 1971. No. 3. P. 689).

⁴ См.: Hirschl R. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law // The American Journal of Comparative Law. Vol. 53. 2005. No. 1. P. 126.

уточнения аппарата науки 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 операцией⁵.

С позиции сравнительных исследований особый интерес представляет использование такого инструмента, как “идеальные типы” в веберовском понимании. С точки зрения конституционного права речь может идти о создании идеальной модели какого-либо института на основе изучения реально существующих норм и практик, что позволяет характеризовать ее как мысленную, аналитическую, но не фиктивную⁶ (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 сведений⁷.

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 правовой системы. 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. Это одна из традиционно упоминаемых целей использования сравнительного метода — достижение понимания функционирования различных правовых систем (их отдельных элементов), в том числе сво-

ей собственной. Идея здесь состоит в том, что любой объект может быть понят и адекватно оценен только в сравнении с другими — сопоставимыми — объектами. Начиная с первых систематических исследований сравнительное право связывается с перспективами критики права, позволяющей отследить “как много было протаскано сквозь столетия произвольного, ложного, устаревшего, или опрометчивого, неуклюжего, ошибочного”⁸.

В этой связи в литературе можно проследить два подхода к идее с несколько различающимися “идеологическими” акцентами.

В рамках одного из них подчеркивается, что знакомство с правовыми институтами, научными концепциями и практикой других стран позволяет отказаться от абсолютизации собственных правовых решений как единственно возможных при данных обстоятельствах и целеполагании⁹. 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. Как пишет А. Бланкенгагель, “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 системе¹⁰.

В рамках другого подхода, однако, звучит достаточно осторожное мнение, в соответ-

⁵ См.: Jansen N. Comparative Law and Comparative Knowledge // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, 2008. P. 311.

⁶ 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.

⁷ См.: *ibid.*

⁸ 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”.

⁹ См.: Tushnet M. Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law // The Migration of Constitutional Ideas / ed. by S. Choudhry. Cambridge, 2007. P. 81.

¹⁰ См.: Бланкенгагель А. О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 51.

ствии 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, 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»¹¹.

Из этого следует, что при восприятии иностранных правовых институтов речь не идет о немедленном отказе от рассмотрения каких-либо элементов своей правовой системы в качестве единственно возможных или наиболее подходящих. Речь скорее идет о понимании логики и смыслов взаимосвязанных и контекстно обусловленных правовых институтов; о преодолении национальной замкнутости или провинциализма в результате научных исследований, ориентированных на универсальное знание¹²; 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 правоприменения¹³.

¹¹ Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // Penn State International Law Review. 2010. P. 320.

¹² См.: Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы // Росс. ежегодник сравнительного права. 2007 / под ред. Д.В. Дождева. СПб., 2008. С. 12.

¹³ 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).

Отсюда 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 следует указать также на проблемы лингвистического характера. Обращение к иностранным правовым системам 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 правовой 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 уровне¹⁴. Например, в обычном понимании “пересмотр” (как изменение) конституции может быть полным или частичным¹⁵. Некоторые конституции следуют этому представлению (например, ст. 168 Конституции Испании). Известны, однако, тексты конституций (и российская в их числе), в которых “пересмотр” приравнивается 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). Известны 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. Контин-

¹⁴ См.: de Groot Г.-Р. Язык и право // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002 год. М., 2003. С. 35.

¹⁵ См.: Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран: Общая часть. М., 2006. С. 96.

нентальный подход содержит конструкцию государства; принцип верховенства права — только часть этой конструкции наряду с принципами народовластия, разделения властей, судебной защиты прав¹⁶. Различия в теоретических подходах здесь внушительны; показательно, 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 вечных¹⁷. В сущности, различие в терминах решило исход дела: если бы “вечным положением” был принцип правового государства, он мог 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 деле¹⁸.

¹⁶ См.: Нуссбергер А. Независимость судебной власти и верховенство права в практике Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2; см. также: Beaud O. Conceptions of the State // Comparative Constitutional Law / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajo. Oxford, 2012. P. 269–281.

¹⁷ Примечательное особое мнение к решению, поддержанное тремя судьями из восьми; логика большинства была подвергнута в нем серьезной критике. См.: 30 BverfGE 1 (1970). URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030001.html>. Выдержки из решения на рус. яз. доступны в кн.: Кененова И.П., Троицкая А.А., Шустров Д.Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М., 2015. С. 85–88.

¹⁸ 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.

Таким образом, на практике изучение иностранного права требует внимания к вопросам об эквивалентности переводов, отражающих смысл правовых конструкций¹⁹. Адекватное представление об иностранных правовых системах, способное сделать вклад в научное знание о праве, требует учета специфики становления и развития правовых институтов, их связи с историческим, социальным, политическим контекстом, проявляющейся в том числе на лингвистическом уровне.

ПОСТРОЕНИЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИХ 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 правовых явлений. Сравнительный метод помогает “не только выявить противоречивость, различия и черты преемственности правовых систем разных исторических типов и правовых семей, но и (что, может быть, самое главное) формировать общетеоретические положения и конструкции, выявлять закономерности функционирования и развития, которые учитывают особенности правовых систем различных социальных структур, эпох, стран”²⁰.

В науке можно часто встретить тезис о том, что целью сравнения в праве является знание о различиях, существующих между правовыми моделями, и приращение знания

¹⁹ См. впечатляющий обзор практических решений при переводе: Šarčević S. The Challenge of Legal Lexicography: Implications for Bilingual and Multilingual Dictionaries. URL: <http://www.euralex.org>

²⁰ Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 32, 33. Цит. по: Саидов А.Х. Методология современного сравнительного правоведения: новые парадигмы и перспективы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 4. С. 52.

об этих моделях²¹. 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, т.е. не является чем-то полностью воображаемым²². 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 познания²³. 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 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”²⁴. 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 конституцию²⁵, 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

²¹ См.: *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.* A propos d’une réflexion sur la comparaison juridique // *Revue Internationale du droit comparé*. Vol. 45. 1993. Nu. 4. P. 879.

²² См.: *Samuel J.* An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford, Portland, 2014. P. 45 — 46.

²³ См.: *Faust F.* Comparative Law and Economic Analysis of Law // *The Oxford Handbook of Comparative Law*. P. 849.

²⁴ *Диксон Р., Ландау Д.* Транснациональный конституционализм и ограниченная доктрина неконституционного изменения конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. С. 49.

²⁵ 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.

действие правовых норм по урегулированию общественных отношений.

Вместе с тем следует учитывать, что ход и результаты работы определяются ее более конкретными целями. Как отмечается в правовой литературе, вполне оправданно различать работы, нацеленные на описание сходств и различий между институтами разных стран (дескриптивный подход), их объяснение (каузальный подход) и/или оценку предпочтительности разных вариантов в различных условиях (нормативный подход)²⁶. Исследования в рамках второго и третьего подходов обычно рассматриваются как более осмысленные, хотя необходимо заметить, что описание в любом случае должно быть их составной частью. Но укажем, что все три подхода ставят определенные вопросы.

Даже в связи с простым описанием в доктрине возникли расхождения по вопросу о том, должен ли акцент быть сделан на сходства или различия между институтами. Дискуссия по этому поводу обнаруживает некоторую “предзаданность” позиций сторон, хотя определенные аргументы ими также приводятся. Поиск сходства между институтами разных стран ассоциируется обычно с функционализмом, а различий — с контекстуализмом (культурализмом).

В работах основоположников функционализма действительно можно встретить утверждения относительно близких по характеру положений, решающих проблемы, сходным же образом возникающие в различных обществах. Однако нужно учитывать и рамки соответствующих утверждений, вводимые самими этими авторами. Так, Э. Рабель, говоря о предполагаемом единстве правовых институтов, приводил в качестве примера только частноправовые институты; кроме того, соответствующее утверждение формулировал как гипотезу, которую как раз и надо проверять еще отчасти формируемыми методами²⁷. Стремление установить презумпцию сходства правовых решений приписывается обычно К. Цвайгерту и Х. Кётцу, в то время как в их работе

речь скорее идет о формулировании общим образом проблем, которые право должно решать; вывод же об одинаковом решении проблем в разных правовых порядках авторы называют преувеличенным²⁸. При этом авторы подчеркивают, 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 порожаемые этими социальными факторами различия не могут создать благоприятную почву для развития в разных правовых порядках совпадающих правовых норм”²⁹, т.е. о принципиально схожих решениях правовых проблем предлагалось говорить только применительно к “неполитическому” частному праву³⁰, да и то не ко всем его институтам.

В трудах авторов, стремящихся учитывать все оттенки взаимосвязей культуры и права, действительно упор делается на презумпцию различий, призванную подчеркнуть богатство отдельных правовых традиций и особенность каждой правовой системы. Это особенно можно увидеть в работах П. Леграна, выступающего флагманом соответствующего направления³¹. Однако бескомпромиссность такого подхода сталкивается с обоснованной критикой. Указывается, в частности, что представление о целостности культуры внутри каждого государства, неотъемлемую часть которой представляет собой право, не позволяет перейти к детальному анализу взаимодействия права и культуры, не принимает во внимание фрагментацию внутри одной культуры и не учитывает элементов сходства культуры различных государств³². Кроме того, проблема здесь видится в том, что при восприятии каж-

²⁸ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: в 2 т. М., 2010. С. 38, 39, 43.

²⁹ Там же. С. 43.

³⁰ Там же. С. 44.

³¹ См., напр.: Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity. URL: <http://www.pierre-legrand.com/comparing-authentically.pdf>.

³² См.: 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, 15 (цит. по: Слыщенко В.А. Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права. 2011 год / под ред. Д.В. Дождева. М., 2011. С. 20).

²⁶ См.: Gardbaum S. How Do and Should We Compare Constitutional Law // Comparing Comparative Law / ed. by S. Besson, L. Heckendorn, S. Jube. Zurich, 2017.

²⁷ См.: Рабель Э. Указ. соч. С. 18, 19.

дой культуры и правовой системы как единичного явления до некоторой степени теряется смысл в сравнении. Сравнение предполагает сопоставимость сравниваемых объектов и определенный уровень обобщения правового материала. Хотя П. Легран и настаивает, что сравнение — это измерение различий, а не презумпция сходства, и что на этой основе исследователь вполне может проверять свои гипотезы³³, без “общих знаменателей” сравнение рискует остаться бессодержательным или во всяком случае приблизиться к детальному описанию каждой правовой системы по отдельности, сопровождаемому утверждениями об их разнообразии, что не будет означать большого продвижения с точки зрения сравнения систем.

По этим причинам представляется заслуживающей внимания позиция авторов, скептически относящихся к возможности установления каких бы то ни было презумпций, в том числе по причине относительности как сходств, так и различий³⁴. Более того, по видимому, ни функциональное, ни контекстуальное 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 правовыми институтами, имея соответствующие данные как итог, а не как стартовую позицию исследования.

Объяснение выявленных сходств и различий ставит вопрос о выявлении причинно-следственных связей. Возникающие здесь затруднения давно суммированы в рамках дискуссии о том, могут ли социальные науки в принципе производить знание столь же общее и надежное, что и естественные науки, формулирующие законы объективного характера. Этот вопрос возник понятным образом в связи с тем, что социальные науки имеют пред-

метом и 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 идеала³⁵. Неудивительно, что риск подмены критериев достоверности получаемого знания набором мнений обнаруживал себя вполне явно. 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.

Одновременно можно увидеть позиции авторов, критиковавших обозначенные попытки и выступавших в пользу разработки методологии социальных исследований столь же строгой, что разработана для естественных наук, но при этом учитывающей специфику социальных явлений. В частности, Б.А. 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, т.е. происходящего всегда и везде; 3) определение того, что в социальном процессе происходит по необходимости под воздействием определенных факторов, в чем усматривается роль людей, их регулирующего воздействия на социальный процесс³⁶.

К порядку использования сравнительного метода в конституционном праве эта дискуссия вполне применима. Конституционное

³³ См.: *Legrand P. The Same and the Different // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, M. Roderick. Cambridge, 2003. P. 263.*

³⁴ См.: *Legrand P. John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue // American Journal of Comparative Law. Vol. 47. 1999. No. 1. P. 42.*

³⁵ 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 сознательной 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).*

³⁶ См.: *Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. М., 1916. С. 26–28.*

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 в желательном направлении. 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, с другой — 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 переменных³⁷, и еще — дать убедительное обоснование того, что считать независимой, а что — зависимой переменной³⁸. Подчеркнем, что дело здесь не только и не столько в субъективности подходов каждого отдельного исследователя, сколько в специфике самого конституционного права.

Тем не менее представленные соображения не должны стать поводом для пессимизма.

³⁷ 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.

³⁸ Например, известны исследования, в рамках которых право относится к “надстройке” 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*. Vol. 9. 2014. No. 2. P. 41, 42.

Для целей сравнительно-правового исследования вполне могут быть отобраны релевантные переменные, а связь между причинами и следствиями может быть установлена хотя и не в абсолютных категориях (законов, верных всегда и везде на 100%), но с долей вероятности достаточной, чтобы не сбрасывать выявленную закономерность при формулировании теоретических выводов и выборе направлений политики³⁹. Так, при рассмотрении того, 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.

Легко увидеть, как уже здесь проявляет себя переход от дескриптивных и каузальных задач к нормативным. Нормативное, или прескриптивное, направление исследования означает, что исследователь не ограничивает-

³⁹ См.: *Mahoney J. Comparative-Historical Methodology* // *Annual Review of Sociology*. Vol. 30. 2004. P. 82.

ся категориями сущего, а переключает внимание на вопросы о должном. Следует подчеркнуть два 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”⁴⁰. 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 нагружены⁴¹.

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 для теоретических и практи-

ческих 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.

Суммируя соображения о теоретических результатах сравнительного исследования, можно указать на высказанную в политической науке (и, как представляется, верную и для конституционного права) позицию о том, что сравнение позволяет строить теории “среднего уровня”, опосредуя связь теоретических конструкций высокой степени абстракций и эмпирического разнообразия⁴². Использование сравнительного метода предполагает выход за рамки описания уникальности различных систем и формулирование выводов на некотором уровне обобщения, собственно, позволяющем сопоставлять изучаемые объекты; одновременно сравнительный метод сам по себе еще не позволяет перейти непосредственно к универсальным принципам развития права или теориям права. При этом 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 генерализованными теоретическими конструкциями для подтверждения или опровержения выдвинутых гипотез.

РЕШЕНИЕ ПРАКТИЧЕСКИХ ЗАДАЧ

Одна из часто называемых целей сравнительного исследования — обнаружение способов совершенствования правотворческой или правоприменительной практики по итогам сопоставления вопросов, решаемых в разных системах (других государств и

⁴⁰ Кистяковский Б.А. Указ. соч. С. 174.

⁴¹ 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 Швейцарии или Германии).

⁴² См.: Сравнительная политология / под ред. О.В. Гаман-Голутвиной. М., 2015. С. 29, 30.

наднационального уровня), и собственно правовых ответов на них⁴³. 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 системы⁴⁴. Следует подчеркнуть, что имеется в виду не только узко понимаемая практическая деятельность законодателей, судей и т.д. Практические рекомендации формулируются и в научной литературе. В обоих случаях по итогам исследования взяты на вооружение или рекомендованы к применению могут быть не только “готовые” нормы и решения, но и 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.⁴⁵

Перенос правовых идей, норм и практик в юридической литературе обозначается разными терминами: “заимствование”, “рецепция”, “трансплантация”, “циркулирование”, “передача”, “влияние”, “миграция” и даже “перекрестное опыление”⁴⁶. С точки зрения смыс-

ловой нагрузки не все термины вполне корректны; например, заимствование по первоначальному смыслу предполагает временность использования 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, 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 праве.

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.

С одной стороны, существуют теории, которые в зарубежных источниках было предложено именовать “зеркальными” (*mirror theory*)⁴⁷. Суть этих теорий заключается в том, что право — не автономная система, но зеркало, продукт общества⁴⁸; 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, 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

⁴³ В основе использования сравнительного метода в этом случае лежит предположение 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. См.: *Бланкенагель А.* Указ. соч. С. 51.

⁴⁴ См.: *Осакве К.* Размышление о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения.* 2006. № 3. С. 69.

⁴⁵ 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: сб. докладов. М., 2009. С. 25, 26.

⁴⁶ *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.

⁴⁷ См.: *Ewald W.* Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants // *The American Journal of Comparative Law.* Vol. 43. 1995. No. 4. P. 492.

⁴⁸ См.: *Friedman L.* Law in America. A Short History. New York, 2002. P. 15–17.

контексте их действия. 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 ментальности (*mentalité*). При таком подходе трансплантация — это не просто процесс, требующий выхода за рамки механистичности и действующий с ограничениями; даже при возможности обмена культурными элементами речь не будет идти о трансплантах, как таковых: “значение нормы не выживает в ходе путешествия из одной правовой системы в другую”⁴⁹. 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.

С другой стороны, была разработана теория трансплантации, до некоторой степени 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 эффективности⁵⁰. Указывая на трансплантаты как основной источник развития права и обыкновение “юридической элиты” рассматривать право само по себе, автор делает принципиальные выводы относительно предмета сравнительного правоведения: “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 заим-

ствованы; обстоятельства, при которых они стали успешными или провалились; влияние на них их новой среды”⁵¹.

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, было бы затруднительно в силу сложности исторического контекста, обуславливающего принятие тех или иных конституционных норм; взаимозависимости конституционных положений, действующих в качестве сложной системы⁵²; насыщенности конституционного права принципиальными, ценностными ориентирами, выражающими самые глубокие убеждения создателей конституции⁵³ и самые существенные черты конкретных правопорядков, позволяющих устанавливать их идентичность⁵⁴.

Следовательно, ввиду вопросов заимствования исследователь должен, не сводя правовую материю к материи политологической, экономической, социологической и иной, но и не отказываясь от установления связей между правом и обществом, изучать эти связи в их взаимности, интерактивности и многоуровневости⁵⁵. При всей сложности подобной задачи, при внимании к ней предложения о заимствованиях могут быть более взвешенны-

⁴⁹ *Legrand P.* The Impossibility of “Legal Transplants” // *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 1997. P. 117.

⁵⁰ 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.

⁵¹ *Schlesinger R., Baade H., Damaska M., Herzog P.* Comparative Law: Cases-Text-Materials. New York, 1988. P. 309, 310 (цит. по: *Ewald W.* Op. cit. P. 499).

⁵² См.: *Jackson V.C.* Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // *Penn State International Law Review*. 2010. P. 323, 324.

⁵³ См.: *Post R.C.* Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law // *Harvard Law Review*. Vol. 117. 2003. No. 4. P. 36, 37.

⁵⁴ См.: *Rosenfeld M.* The identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community. New York, 2010. P. 29.

⁵⁵ См.: *Ewald W.* Op. cit. P. 509.

ми и стратегически успешными. Кроме того, такой подход не исключает внимания к особенностям и последствиям различных процессов переноса (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.)⁵⁶ и дальнейшей трансформации заимствованных институтов под воздействием среды.

Конечно, 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”⁵⁷. Конституционное право с очевидностью занимает “органический” край. Однако 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 правового порядка в разной степени⁵⁸. Поддерживая авторов, выступающих против некритического использования зарубежного опыта и недооценки исторических традиций⁵⁹, заметим, что жесткость конституционно-правовых конструкций каждой конкретной национальной правовой системы не следует переоценивать — многие из них вполне спо-

собны стать предметом “настраивания”, и их потенциал для трансформации может оказаться весьма высок. Распространение отдельных институтов и доктрин (например, развитие конституционного контроля с институциональной и функциональной точек зрения) подтверждает это.

Специфическим случаем достижения практических целей является сравнительное исследование, по итогам которого обосновывается предпочтительность не заимствования, а отказа от него. 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 практике⁶⁰ и перекликается не только с теоретическими, но и с классификационными целями, определяющими более глубокое понимание различных конституционных систем.

В обоих 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 весьма разных вариантов. Здесь открываются возможности для манипулирования. Сдержкой им может служить лишь контролируемый отбор переменных, значимых для итогового результата. Например, при изменении срока полномочий президента следует учитывать опыт государств релевантной формы правления, конституционно-правовой статус главы государства, перспективы сохранения ключевого принципа, ради которого срок полномочий вообще устанавливается (сменяемость власти), а не просто спектр существующих в мире цифр.

⁵⁶ См.: *Graziadei M.* Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions // *The Oxford Handbook of Comparative Law*. P. 455–461.

⁵⁷ *Kahn-Freund O.* On Uses and Misuses of Comparative Law // *Modern Law Review*. 1972. No. 1. P. 13.

⁵⁸ См.: *Степанов Д.* Идеологическая нейтральность институтов конституционного дизайна // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2017. № 3. С. 46.

⁵⁹ См.: *Дамирли М.А.* Теоретико-методологические проблемы сравнительного правоведения: попытка актуализации и некоторые размышления // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2006. № 3. С. 47.

⁶⁰ См.: *Stone A.* Comparativism in Constitutional Interpretation // *New Zealand Law Review*. 2009. Статья доступна на сайте: URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683127

Суммируя, необходимо указать на отсутствие непроницаемых границ между теоретическими и практикоориентированными исследованиями. Теоретические исследования могут не предлагать немедленных практических результатов. Но затруднительно представить себе сравнение правовых систем, проводимое в практических целях и при этом полностью лишенное теоретического измерения⁶¹. Иными словами, описание и анализ различных подходов к решению проблем, с которыми сталкиваются разные государства, позволяют создавать теоретические конструкции, уже с позиций которых происходит заимствование норм и правоприменительной практики в конкретных случаях. Еще один путь осознанных заимствований проходит через создание международных и транснациональных норм.

КОНВЕРГЕНЦИЯ ПРАВА

Одна из признанных целей использования сравнительного метода в праве — решение вопроса о том, может ли быть достигнута унификация в какой-либо области. В этом случае правовые институты отдельных стран 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 все имеющиеся модели⁶². Однако в таком виде эта цель устанавливается обычно для отраслей частного права. Применительно к публичному праву речь идет чаще о взаимодействии правовых систем, или их конвергенции.

Уточним специфику конвергенции и роль сравнительного метода в этом процессе применительно к конституционному праву. В науке различают вертикальное и горизонтальное измерение конвергенции⁶³.

Вертикальное измерение связывается с вовлечением международного права. Разработка договоров в сферах, относящихся к

предмету конституционного права, предполагает обращение к соответствующим национальным институтам, восприятие определенных образцов. Наибольший прогресс достигнут в сфере защиты прав человека (причем речь здесь идет о создании скорее минимальных стандартов⁶⁴), однако отдельные институциональные вопросы также оказываются 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.). Следует заметить, что обращение к сравнительному методу происходит на этапе не только создания, но и дальнейшего применения международно-правовых норм, так как 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 опыту отдельных государств⁶⁵. Обратное действие международного права на внутригосударственное происходит по нескольким каналам (имплементация в национальном законодательстве, разработка⁶⁶ и толкование положений конституций в соответствии с международной практикой⁶⁷),

⁶⁴ См.: Международное право / отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М., 1999.

⁶⁵ Так, в практике Европейского Суда по правам человека автономное, т.е. независимое от национального права, толкование понятий Конвенции 1950 г. 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.

⁶⁶ Некоторые конституции (третьего и четвертого поколений) изначально разрабатывались таким образом, чтобы соответствовать международным документам о защите прав человека. О российской ситуации см.: *Вурицкая Н.В.* Верность Конституции. М., 2008. С. 85.

⁶⁷ Некоторые государства идут еще дальше. Часть 22 ст. 75 Конституции Аргентины устанавливает, что перечисленные в ней международные договоры по защите прав человека “имеют юридическую силу, равную конституционным нормам”.

⁶¹ См.: *Husa J.* The False Dichotomy between Theory and Practice. P. 106.

⁶² См.: *Siems M.* Op. cit. P. 4.

⁶³ 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.

обеспечивая некоторое сближение конституционно-правовых норм разных государств. 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 конвергенции⁶⁸.

Одновременно необходимо указать и на “линии сопротивления”, не позволяющие делать слишком радикальных утверждений относительно степени конвергенции конституционного права, происходящей благодаря международному сотрудничеству. Суверенные государства по-прежнему являются основными субъектами взаимодействия, и доктрины subsidiarity международных инструментов защиты прав человека и рамок усмотрения (*margin of appreciation*) государств, стремящихся к сохранению своего суверенитета, призваны сдерживать активизм международных органов. Различия в конкретных практиках воплощения международных норм в жизнь, существующих в разных государствах, могут быть вполне заметны. Более того, соображения о необходимости защитить идентичность, воплощаемую нормами конституции, периодически становятся причинами конфликтов между внутригосударственными и международными органами⁶⁹. Присутствующие даже в западном мире различия в ценностных установках конституций разных государств явным образом препятствуют движению в сторону некоего глобального конституционного права; картина еще заметнее фрагментируется, если принять во внимание государства, конституционные ориентиры которых принципиаль-

ным образом отличаются от западных (мусульманские или социалистические страны).

Взаимодействие государств “по горизонтали” также приводит к миграции конституционно-правовых идей, норм и практик. Здесь можно обратить внимание на трансформацию цели от отдельных прагматичных заимствований к более глобальным изменениям конституционного права в русле сближения. Речь может идти о “межсудейском диалоге”, приводящем к использованию в судебных решениях зарубежного опыта, 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.⁷⁰ Д. 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 образованные люди предпочитают именно такие условия⁷¹. Во всех случаях речь идет о сравнении различных правовых порядков, причем не только в дескриптивном, но и в прескриптивном ключе.

У горизонтального измерения конвергенции конституционно-правовых положений также имеются пределы. Прежде всего речь не идет о немедленных и непосредственных изменениях собственно правовой системы. 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 представ-

⁶⁸ 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.*

⁶⁹ См.: *Sauders Ch. Op. cit.*

⁷⁰ См.: *Tushnet M. The Inevitable Globalization of Constitutional Law // Virginia Journal of International Law. Vol. 49. 2009. No. 4. P. 989–991.*

⁷¹ См.: *Law D.S. Globalization and the Future of Constitutional Rights // Northwestern University Law Review. Vol. 102. 2008. No. 3. P. 1321, 1322.*

ляет 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”)⁷². Дело даже не в том, что в таких условиях уровень защиты прав собственника в действительности не будет одинаковым для всех государств, а в том, что за счет снижения уровня защиты одних ценностей могут быть обеспечены другие, не менее важные, и какую комбинацию считать лучшей — решить затруднительно⁷³.

По этим причинам 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 государств и т.д. Представляется обоснованной позиция, согласно которой универсализация — это весьма спор-

ная идея с точки зрения сравнительного правоведения⁷⁴. Если именно разнообразие существующих моделей конституционного права есть источник 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 их на практике⁷⁵. 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, и практика добавляет разнообразия. В итоге обоснованными выглядят предостережения против чрезмерного упрощения при оценке конвергенции конституционного права — за формулами, схожими по видимости, могут сохраняться весьма существенные различия⁷⁶.

⁷⁴ См.: *Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 12, 13.

⁷⁵ “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).

⁷⁶ См.: *Saunders Ch.* Op. cit.

⁷² См.: *Андреева Г.Н.* Институт собственности в конституциях зарубежных стран и Конституции Российской Федерации. М., 2009. С. 325 — 338.

⁷³ См.: *Tushnet M.* The Inevitable Globalization of Constitutional Law. P. 998, 999.

Это возвращает нас к иным целям сравнительного исследования, в том числе теоретическим и классификационным. Несмотря на некоторые достижения в области сближения правовых систем, 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.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Сравнительное исследование конституционного права различных государств требует внимания к применяемым методам. Метод как путь и средство познания имеет определенные контуры. Задачи, которые ставит исследователь, конечно, диктуют выбор методов; но верно также и то, что выбранные методы влияют на получаемые результаты.

В рамках данной работы потенциальные цели сравнительного исследования 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. Сравнительное исследование предполагает не столько выстраивание некоей иерархии этих

целей по их значению, сколько концентрацию на взаимосвязи между выбранной целью и средствами ее достижения.

Проведенный анализ призван показать, какие цели могут быть достигнуты с помощью сравнительного метода и какие правила его применения требуют внимания, если исследователь стремится к какой-либо из обозначенных целей. 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 о взаимосвязи “текста” конституционного права и “контекста” его действия, о возможностях его научного описания, объяснения, оценки и трансформации, о перспективах междисциплинарных подходов к изучению правовой материи в сравнительном аспекте. 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 идентичности различных государств (их ценностей, исторического опыта, текущих условий). 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.

THE AIMS OF COMPARATIVE RESEARCH IN CONSTITUTIONAL LAW

© 2018 A. A. Troitskaya

Faculty of Law at Lomonosov Moscow state University

E-mail: stephany@mail.ru

Received 18.09.2017

Comparison is a widespread method of constitutional research. However, the procedure for its application in practice involves questions. The article presents the peculiarities of using the comparative method depending on the goals set in the study (to which the author assigned: 1) the information goal; 2) the purpose of constructing theoretical models; 3) the goal of pragmatic borrowing; 4) the objective of convergence of law) and taking into account the specific features of constitutional provisions that are influenced by historical, political and other factors of development of a particular society, and simultaneously regulate social relations, configuring in a certain way its constitutional identity.

Key words: aims of comparative method, typology of constitutional institutes, constitutional models, borrowing, convergence of Constitutional Law.