

МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ

*И.П. Кененова, канд. юрид. наук, доц.,
А.А. Троицкая, канд. юрид. наук, доц.*

Изучение конституционного права зарубежных стран по программам бакалавриата и магистратуры на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова предполагает преподавание базовых дисциплин в сочетании со специальными курсами. В данное методическое пособие включены следующие программы курсов: «Конституционное право зарубежных стран» (часть II) (базовая дисциплина – бакалавры); «Сравнительное конституционное право: вопросы теории, практика конституционного правосудия» (базовая дисциплина – бакалавры¹; спецкурс – магистры); «Человеческий организм и соматические права личности» (спецкурс – магистры); «Институт президентства: Россия и зарубежный опыт» (спецкурс – бакалавры).

Преподавание указанных учебных дисциплин характеризуется единством подхода к освоению студентами *сравнительного метода в конституционном праве, навыков использования ими судебных решений, доктринальных источников, а также к участию в игровых судебных процессах.*

1. Сравнительный метод

Сравнительный метод активно используется в юридической науке на протяжении долгого времени. Как нам представляется, с установлением и развитием глобализации между различными государствами в современном мире обращение к сравнительному методу в юриспруденции способно принести пользу и с теоретической, и с практической точки зрения. Вместе с тем эвристический потенциал сравнения может быть реализован только в условиях понимания его роли в научных исследованиях объективных правовых предпосылок и субъективных

¹ Данная программа может быть использована в преподавании как базового курса для бакалавров, так и спецкурса для магистров (в зависимости от особенностей учебного плана вуза). На юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова используется для преподавания магистрам спецкурса «Сравнительное конституционное право: вопросы теории, практика конституционного правосудия», а также бакалаврам базового курса «Конституционное право. Общая часть».

мировоззренческих установок, целей, порядка и границ применения. Корректное использование сравнительного метода – одна из задач предлагаемых курсов.

Как писал дореволюционный отечественный историк права В.И. Сергеевич, «едва ли можно сомневаться в том, что успешная разработка всякой науки стоит в самой тесной связи с правильным пониманием ее задачи и ученых приемов. Правильное определение задачи науки указывает цель, к которой она должна стремиться; правильное определение приемов науки указывает путь, которым она должна идти к цели»¹. В современной литературе метод также понимается как путь познания: «юридический метод (метод юридической науки) – это путь юридического познания... путь, ведущий от объекта к предмету, от первичных (чувственных, эмпирических) знаний о праве и государстве до теоретического, научно-юридического (понятийно-правового) знания об этих объектах»².

Лексически название сравнительного метода указывает на категорию «сравнение». Но можно ли сказать, что «сравнительный метод» и «сравнение» – это синонимы? *Сравнение* обычно определяется как сопоставление объектов на предмет выявления отношения между ними с точки зрения определенных свойств (с выделением тождества объектов или степени их сходства и различия). Категория сравнения делает решающий вклад в понимание соответствующего исследовательского приема: сравнение необходимо для *получения знаний, причем таких, которые нельзя получить, исследуя только один объект*³. Изучение одного объекта (своей или иностранной правовой системы, отдельных институтов, норм, практик, доктрин) является важной предпосылкой для сравнения, но еще не сравнением как таковым. Вместе с тем, по-видимому, было бы неверно сводить сравнительный метод только к сравнению.

При использовании сравнительного метода следует отталкиваться именно от постановки научной задачи (вопроса, на который стремится ответить исследователь своей работой). Сформулировав задачу, необходимо определиться, какими путями (т.е. с привлечением каких методов) она может быть решена. В свою очередь, метод как средство познания показывает, какие именно приемы и по каким правилам

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

² Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 64.

³ См.: Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford, 2014. P. 11.

должны быть использованы. Сравнение и будет основным приемом (операцией) в сравнительном методе. Однако сравнительный метод требует также совершения и еще ряда действий, которые позволят провести сравнение и получить на его основе эвристически значимые результаты (т.е. к сравнению предъявляются определенные требования, устанавливаются правила для него); имеются в виду по крайней мере: выбор сравниваемых объектов, параметров, по которым будет проводиться сравнение, функционального, контекстуального или иного подхода к сравнению (на этапе до сравнения); оценка¹ и объяснение² полученных результатов (на этапе после сравнения); получение искомым теоретических результатов (уточнение концепций, типологий, проверка гипотез, построение теорий) или формулирование итоговых практико-ориентированных соображений³ в зависимости от изначальной постановки задачи. При таком понимании сравнительный метод оказывается не просто шире, нежели собственно сравнение; он занимает совершенно иное место среди средств познания⁴, 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 продиктованными методом. Думается, однако, что такой подход неизбежен именно с учетом того, что речь идет не просто об отдельной мыслительной операции, но о пути получения *знаний*. Сравнение в узком понимании, если речь идет лишь об установлении сходства и различий между объектами, рискует остаться не более чем упражнением; 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 метод.

¹ 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; М., 2008. С. 78.

² См.: *Przeworski A.* Methods of Cross-National Research: An Overview // Comparative Policy Research: Learning from Experience / Ed. by M. Dierkes. Aldershot, 1987. P. 35.

³ См.: *Осакве 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.

⁴ О необходимости различения «линейки» методологических средств см.: *Кокорин А.А.* Методология научных исследований. М., 2015. С. 158.

Один из известных вопросов проведения адекватного сравнения — это выбор *сравнимых* объектов. Объект А не может быть просто сопоставлен с объектом В напрямую, утверждение «А и В похожи (различаются)» не несет особенной смысловой нагрузки. Как отмечается в методологической литературе, за подобным утверждением должна стоять мысль о том, что эти два объекта имеют или не имеют какой-то характеристики, свойства, действуют похожим (различным) образом и т.д.¹ Иными словами, отношение между объектами можно установить с помощью третьего элемента, или основания, параметра сравнения (*tertium comparationis*), указывая, что объекты будут иметь черты сходства, если имеют данное свойство, эффект, и черты различия — если один из них имеет его, а другие нет.

Как было подчеркнуто выше, параметры сравнения определяются вопросом, поставленным в исследовании в зависимости от того, в какой сфере исследователь считает полезным привлечение зарубежного опыта; однако и формулирование вопроса, и отбор параметров, по которым будет проводиться сравнение, зависят от некоторых установок². Правила постановки вопроса первоначально получили детальное обсуждение в работе авторов, занимавшихся сравнительным частным правом и обосновавших функциональный подход к сравнению³. В значительной степени функционализм был воспринят и в конституционном праве.

В рамках *функционализма* предполагается существование конституционно-правовых задач, которые так или иначе решают все государства. Уже сами тексты конституций рассматриваются как функциональные документы, подтверждающие эту идею. В подавляющем большинстве в 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, территориального устройства и т.д.). Конечно, такое содержательное пересечение позволяет ученым закладывать социальные функции в основание сравнения, т.е. ставить в исследовании вопрос,

¹ 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.

² См.: Jansen N. Op. cit. P. 314.

³ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право: В 2 т. М., 2010.

ориентируясь на эти функции, сравнивать различные институты, а также доктрины конституционного права по отдельным параметрам, указывающим на выполнение ими обозначенных функций¹. До некоторой степени функционализм предполагает также оценку (в категориях «сильные стороны», «преимущества», «риски» и т.д.) сравниваемых объектов с точки зрения выполнения ими функций.

Вместе с тем конституционное право достаточно жестко определяется спецификой конкретного общества (его историческим опытом, культурными особенностями, институциональными предпочтениями, правовыми традициями) и требует внимания к системе политических институтов, функционирующих в определенном контексте². В рамках такого подхода конституции понимаются как документы, в первую очередь выражающие автохтонные характеристики конкретного общества и государства, неотделимые от их исторических и социокультурных особенностей, — своего рода автобиографию конкретной системы³. Соответственно, даже институты, внешне выглядящие как одинаковые или похожие, таковыми в действительности не будут с учетом всех смыслов, стоящих за ними. В науке существует позиция авторов, особенно жестко и последовательно отстаивающих необходимость в рамках сравнительных исследований характеризовать и акцентировать проистекающие из культурного контекста *различия как ценность*⁴. Указанный подход обозначается обычно как контекстуализм, или экспрессивизм. В отечественной литературе, по-видимому, этому подходу близко словосочетание «культурологическое направление». В его рамках бывает достаточно трудно говорить не только о похожих, но и об оптимальных для всех случаев решениях. Особенно дает себя знать необходимость учитывать различные факторы, в том числе внеправовые, которые привели к созданию *именно таких* правовых институтов и *именно к такому* их действию.

Как *функционализм*, так и *контекстуализм* сталкиваются с определенной критикой⁵, заставляющей исследователей уточнять базовые методологические конструкции их исследований, в результате появился

¹ См.: Jackson V.C. Comparative Constitutional Law: Methodologies // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. P. 62–66.

² Bell J. Comparing Public Law // Comparative Law in the 21st Century / Ed. by A. Hardy, E. Örsü. London, 2002. P. 235–247.

³ См.: Harding A., Leyland P. Comparative Law in Constitutional Context // Comparative Law / Ed. by E.Örsü, D. Nelken. Oxford, 2007. P. 316.

⁴ См.: Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity // <http://www.pierre-legrand.com/comparing-authentically.pdf>

⁵ См., напр.: Siems M. Comparative Law. Cambridge, 2014. P. 27, 37.

функциональный контекстуализм¹, или обновленный функционализм, учитывающий причинно-следственные связи между культурными, политическими, экономическими, социальными особенностями и конституционно-правовыми институтами².

Действительно, применительно к конституционному праву не представляется возможным оспаривать тезис о наличии связи между средой, собственно, порождающей вопросы, на которые право призвано дать ответ, и самим правом с его ответами³. Прежде всего именно в рамках конституционного права (основ конституционного строя) воплощается специфика жизни данного общества, самая суть общественных отношений, строящихся вокруг установления меры власти и свободы для данного времени и места. До какой степени подобные установления, выражающие конституционную идентичность, могут влиять на реализацию институтов, рассматриваемых исследователями как чисто функциональные элементы системы, — это серьезный вопрос⁴. Далее, общеизвестным является положение, что конституции, как правило, оперируют достаточно широкими категориями; содержательное их наполнение может различаться в зависимости от исторического пути государства, «конституционных страхов», довлеющих философско-правовых представлений, положения и поведения различных политических сил и т.д. Наконец, отдельного внимания заслуживает то обстоятельство, что многие нормы конституционного права функционируют в зависимости от конфигурации других норм; различия в таком окружении иногда означают, что не просто ответ на какую-то проблему в разных системах может не совпадать, но и сама-то проблема отличается до степени, затрудняющей корректное сравнение, по крайней мере на выбранном уровне формулирования вопроса для сравнения. Заметить соответствующие сходства и различия (в правовых проблемах и их решениях) уже требует исследования правового и социального контекста при серьезном отношении к работе⁵.

¹ См.: *Jackson V.C. Comparative Constitutional Law: Methodologies*. P. 67.

² См.: *Whytock Ch. A. Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law // Brigham Young University Law Review*. 2009. № 6. P. 1880.

³ См.: *Legrand P. Op. cit.* P. 367.

⁴ См.: *Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // Penn State International Law Review*. 2010. P. 325.

⁵ См.: *Бланкенагель А. О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение*. 2004. № 3. С. 51.

Иными словами, для исследований в области конституционного права отказ от контекста представляется проблематичным, во всяком случае, в ситуации стремления к осмысленным суждениям и умозаключениям. Такой отказ, скорее всего, окажется равносильным слишком большому упрощению, или недостаточно глубокому погружению в материал, или безосновательному распространению собственного понимания определенных категорий на другую систему¹, и во всех случаях эффект сравнения как такового будет сведен к нулю.

С другой стороны, слишком глубокое погружение в контекст также сопряжено с некоторыми проблемами. Безотносительно проблемы ограниченных ресурсов (языковых, временных, интеллектуальных) отдельных исследователей, для которых учет социального, экономического, политического, исторического контекста применительно к конституционно-правовым институтам означает исключительно широкое поле деятельности, внимания заслуживает проблема подмены объектов юридической науки², а также проблема принципиальной возможности сравнивать право, приобретающее уникальные черты в каждой из множества культур³. Будут ли конституционно-правовые институты, помещенные в систему многочисленных взаимосвязей и взаимовлияний внутри разных контекстов, по-прежнему *сопоставимыми объектами* для сравнения?

Представляется, что между Сциллой упрощения и Харибдой поглощения контекстными различиями вполне возможен срединный путь умеренного оптимизма при определении методологии сравнительных исследований в конституционном праве. Конституция, действительно, может восприниматься как конкретно-историческое и социально-политическое явление, отражающее соотношение политических сил на определенном этапе развития определенного общества и государства и выражающее их идентичность, но это также и юридическое явление, т.е. нормативный правовой акт, принятый в особом порядке и обладающий высшей юридической силой⁴. Конечно, можно рас-

¹ Такая ситуация, в результате которой иногда делают неверные выводы о том, чего в другой системе на самом деле нет, и при этом не замечается то, что там есть, получило наименование «правовой империализм».

² См.: *Дождев Д.В.* Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007 / Под ред. Д.В. Дождева. СПб., 2008. С. 19.

³ См.: *Слыщенков В.А.* Методы сравнительного правопедения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права. 2011. М., 2011. С. 19.

⁴ См.: *Богданова Н.А.* Конституционное право: Общая часть. М., 2007. С. 18–19.

сма­три­вать кон­сти­ту­цию как про­дукт опре­делен­ных от­но­ше­ний, но, в свою оче­редь, она приз­ва­на и спо­соб­на ре­гу­ли­ро­вать об­щес­твен­ные от­но­ше­ния, не толь­ко фик­си­руя су­щес­т­вую­щее по­ло­же­ние ве­щей, но за­да­вая век­тор раз­ви­тия в том или ино­м на­прав­ле­нии и вы­пол­няя опре­делен­ные функ­ции по от­но­ше­нию к раз­лич­ным сфе­рам жиз­не­де­ятель­но­сти об­щес­тва¹; та же идея может быть рас­про­стране­на на кон­сти­ту­ци­он­ное пра­во в це­лом.

Э­то озна­ча­ет, с одной сто­ро­ны, что для функ­ци­о­наль­но-ориен­ти­ро­ван­но­го ком­па­ра­ти­ви­ста нет ни­ка­ких осо­бен­ных пре­пят­ствий к тому, что­бы оце­нить уро­вень и ха­рак­тер (на­прав­лен­ность) раз­ви­тия пра­во­вой куль­ту­ры и кон­сти­ту­ци­он­ной тра­ди­ции раз­лич­ных го­су­дарств на пред­варитель­ном эта­пе ис­сле­до­ва­ния для по­ни­ма­ния ба­зо­вой со­по­ста­ви­мо­сти ис­сле­дуе­мых объ­ек­тов² и да­лее – рас­сма­три­вать те или иные *пра­во­вые ин­сти­ту­ты*, но – стре­мясь к по­ни­ма­нию спе­ци­фичес­ких при­чин, по ко­то­рым они были соз­да­ны, це­лей, для дос­ти­же­ния ко­то­рых они пред­наз­на­ча­лись; об­сто­ятельств, в ко­то­рых они функ­ци­о­ни­ру­ют. Ко­неч­но, это озна­ча­ет вы­ход за рам­ки оце­нок толь­ко нор­ма­тив­но­го ма­те­ри­ала как та­ко­во­го, но функ­ци­о­на­лизм не обя­за­тель­но дол­жен быть при­рав­нен к нор­ма­тивизму. В дей­стви­тель­но­сти во вни­ма­ние могут быть при­ня­ты и осо­бен­но­сти ис­то­ри­че­ско­го мо­мен­та, и по­ли­ти­че­ские прак­ти­ки, и со­об­ра­же­ния э­ко­но­ми­че­ской це­лесо­об­раз­но­сти, и ха­рак­тер ре­ак­ции опре­делен­ных груп­п на тот или иной фор­маль­ный ин­сти­ту­т, объ­яс­няю­щих его *вы­бор в кон­крет­ной кон­фи­гу­ра­ции* упо­мя­ну­тых фак­то­ров. Вме­сте с тем в фо­ку­се вни­ма­ния дол­жны оста­вать­ся са­ми пра­во­вые ин­сти­ту­ты и осо­бен­но­сти их функ­ци­о­ни­ро­ва­ния. В ре­зуль­та­те вы­яв­лен­ных сходств и раз­личий, ана­ло­гий и не­со­от­вет­ствий могут быть сде­ла­ны вы­во­ды от­но­ситель­но *значе­ния со­от­вет­ст­вую­ще­го ин­сти­ту­та кон­сти­ту­ци­он­но­го пра­ва и тен­ден­ций его раз­ви­тия*. По­лу­чен­ные зна­ния о мо­де­лях кон­сти­ту­ци­он­но-пра­во­вой дей­стви­тель­но­сти ве­дут к по­ни­ма­нию об­щих и осо­бен­ных черт во всем раз­но­об­разии по­ли­ти­че­ских от­но­ше­ний ме­жду лич­но­стью, об­щес­твом и го­су­дар­ством³.

¹ См.: *Whytock Ch. A. Taking Causality Seriously in Comparative Constitutional Law: Insights from Comparative Politics and Comparative Political Economy // Loyola of Los Angeles Law Review. 2008. P. 639–640.*

² См.: *Варламова Н.В. Сравнительное правоведение: методологические основания и пределы исследования // Методология сравнительно-правовых исследований / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немыгиной. М., 2013. С. 30–31.*

³ См.: *Кененова И.П., Троицкая А.А., Шустров Д.Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М., 2015. С. 31.*

С другой стороны, свойственный контекстуализму акцент на различиях имеет свой предел в концептуальном функционализме, ориентированном на развитие представлений о том, зачем и каким образом должен в принципе функционировать тот или иной конституционно-правовой институт и какие категории и критерии характеризуют его функционирование¹. В литературе было высказано заслуживающее внимания предположение, что «идеальные типы» М. Вебера могут быть применимы к анализу конституций². 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 именно правового исследования, не допуская ухода в описательность в работе с эмпирическим материалом и обеспечивая понимание потенциала каждого института, а теоретически делая вклад в уточнение общих конституционно-правовых концепций и типологий. Одновременно обращение 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 многообразии. Это может служить хорошим противовесом и от правового империализма, и от правового изоляционизма.

В сравнительно-правовом исследовании результаты сравнения должны быть оценены и объяснены, в конечном счете они могут быть положены в основу выводов теоретического или практического характера.

Здесь, однако, также возникают вопросы, например, связанные с тем, что в конституционном праве затруднительно говорить о тождественных объектах, а используемые обычно категории сходства или различия проблематичны сами по себе из-за своей оценочности. В отличие от тождества сходство уже предполагает и определенную степень отличия, до какого момента исследователь будет видеть в ситуации сходство, а с какого момента отличие — это по крайней мере отчасти вопрос субъективного усмотрения и глубины погружения в материал. Исследователь должен определиться с тем, какие именно качества исследуемой системы он считает принципиальными для своих целей, а от каких может отвлечься (абстрагирование), чтобы суметь сделать выводы об общем и особенном в изучаемых государствах.

¹ См.: Jackson V.C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. P.63.

² См.: Leyland P. Opposition and Fragmentations: In Search of a Formula for Comparative Analysis // Comparative Law in the 21st Century. P. 221.

Объяснение полученных результатов может потребовать привлечения иных методов исследования (исторического, политико-правового и др.), а также более широкого охвата «смежных» правовых, а иногда и внеправовых положений. Усложнение и структурирование предмета исследования связано с тем, что сопоставление происходит не просто по какому-то качеству, а по качеству объекта в системе отношений¹, что особенно важно для стадии объяснения получаемых результатов.

Относительно того, какие именно теоретические и практические задачи могут быть решены с помощью использования сравнительного метода, в науке также существуют различные мнения.

Одна из традиционно упоминаемых целей использования сравнительного метода — это достижение понимания функционирования различных правовых систем (их отдельных элементов), в том числе российской. Идея здесь состоит в том, что любой объект может быть понят и адекватно оценен только в сравнении с другими — сопоставимыми — объектами.

Следовало бы сразу оговориться, что речь не идет о немедленном отказе от рассмотрения каких-либо элементов российской правовой системы в качестве единственно возможных² или наиболее подходящих при заимствовании зарубежных норм и практик. Такое заимствование допустимо (хотя и с целым рядом ограничений), но все же речь идет скорее о понимании логики и смыслов правовых институтов, о преодолении национальной замкнутости в результате научных исследований, ориентированных на универсальное знание³. Теоретические задачи могут быть поставлены более или менее глобально, но важно, чтобы их достижение предшествовало или по крайней мере сопутствовало достижению задач практических⁴. Как уже отмечалось, применительно к конституционному праву можно было бы говорить о *формировании с помощью сравнительного метода концепций и классификаций*, дающих представление об общем, особенном и единичном в конституционном праве, о *создании теоретических конструкций*, описывающих и объясняющих особенности функционирования различных институтов, регулирующих организацию, формирование

¹ См.: Сравнительная политология / Под ред. О.В. Гаман-Голутвиной. М., 2015. С. 35.

² См.: *Tushnet M. The Possibilities of Comparative Constitutional Law // The Yale Law Journal. Vol. 108. 1999. № 6. P. 1227; Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law. P. 320.*

³ См.: *Дождев Д.В. Указ. соч. С. 12.*

⁴ См.: Сравнительное правоведение в условиях интеграции государств / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2013. С. 11.