

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ
Кафедра конституционного и муниципального права

И.П. Кененова • А.А. Троицкая

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ МЕТОД В КОНСТИТУЦИОННОМ ПРАВЕ

УЧЕБНЫЕ ПРОГРАММЫ
ОБЩИХ И СПЕЦИАЛЬНЫХ КУРСОВ

Учебно-методическое пособие



**Александра Алексеевна Троицкая
Ирина Павловна Кененова
Сравнительный метод в
конституционном праве**

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=39992691

Сравнительный метод в конституционном праве:

ISBN 978-5-6041528-2-9

Аннотация

В пособии содержатся учебные программы общего курса конституционного права зарубежных стран, сравнительного конституционного права (для общего и специального курсов), а также программы специальных курсов по соматическим правам и институту президентства, используемые при изложении этих курсов преподавателями кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова. Программы используются при подготовке бакалавров и магистров.

Для преподавателей, студентов и аспирантов юридических вузов и юридических факультетов университетов.

Содержание

Методические рекомендации	5
1. Сравнительный метод	7
Конец ознакомительного фрагмента.	22

**Ирина Павловна
Кененова, Александра
Алексеевна Троицкая
Сравнительный метод в
конституционном праве**

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление,
2018

© И.П. Кененова, А.А. Троицкая, 2018

© ООО «Статут», 2018

* * *

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

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».

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 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»². В современной литературе метод также понимается как путь познания: «юридический метод (метод юридической науки) – это путь юридического познания... путь, ведущий

² Сергеевич В.И. Задача и метода государственных наук. М., 2011. С. 1.

от объекта к предмету, от первичных (чувственных, эмпирических) знаний о праве и государстве до теоретического, научно-юридического (понятийно-правового) знания об этих объектах»³.

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*⁴. 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 оттаиваться именно от постановки научной задачи (вопроса, на

³ *Нерсесянц В.С.* Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 64.

⁴ См.: *Samuel G.* An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford, 2014. P. 11.

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 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); оценка⁵ и объяснение⁶ полученных результатов (на этапе после сравнения); получение искомых теоретических результатов (уточнение концепций, типологий, проверка гипотез, построение теорий) или формулирование итоговых

⁵ 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.

⁶ См.: *Przeworski A.* Methods of Cross-National Research: An Overview // Comparative Policy Research: Learning from Experience / Ed. by M. Dierkes. Aldershot, 1987. P. 35.

практико-ориентированных соображений⁷ 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 познания⁸, 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.

Один из известных вопросов проведения адекватного

⁷ См.: *Осакве К.* Размышление о природе сравнительного правопедения: некоторые теоретические вопросы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правопедения. 2006. № 3. С. 58; *Тихомиров Ю.А.* Курс сравнительного правопедения. М., 1996. С. 57–58.

⁸ О необходимости различения «линейки» методологических средств см.: *Кокорин А.А.* Методология научных исследований. М., 2015. С. 158.

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.⁹ 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 установок¹⁰. Правила постановки вопроса первоначально получили детальное обсуждение в работе авторов, занимавшихся сравнительным частным правом и обосновавших функциональный подход

⁹ 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.

¹⁰ См.: Jansen N. Op. cit. P. 314.

к сравнению¹¹. 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, ориентируясь на эти функции, сравнивать различные институты, а также доктрины конституционного права по отдельным параметрам, указывающим на выполнение ими обозначенных функций¹². До некоторой степени функционализм предполагает также оценку (в категориях «сильные стороны», «преимущества», «риски» и т. д.) сравниваемых объек-

¹¹ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право: В 2 т. М., 2010.

¹² См.: Jackson V.C. Comparative Constitutional Law: Methodologies // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. P. 62–66.

тов с точки зрения выполнения ими функции.

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 контексте¹³. 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 системы¹⁴. 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*¹⁵. Указанный подход обозначается обычно как контекстуализм, или экспрессивизм. В отечественной литературе, по-видимому, этому под-

¹³ Bell J. Comparing Public Law // Comparative Law in the 21st Century / Ed. by A. Hardy, E. Örsü. London, 2002. P. 235–247.

¹⁴ См.: Harding A., Leyland P. Comparative Law in Constitutional Context // Comparative Law / Ed. by E. Örsü, D. Nelken. Oxford, 2007. P. 316.

¹⁵ См.: Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity // <http://www.pierre-legrand.com/comparing-authentically.pdf>

ходу 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 критикой¹⁶, заставляющей исследователей уточнять базовые методологические конструкции их исследований, в результате появился функциональный контекстуализм¹⁷, или обновленный функционализм, учитывающий причинно-следственные связи между культурными, политическими, экономическими, социальными особенностями и конституционно-правовыми институтами¹⁸.

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 ответами¹⁹. Прежде всего именно в рамках конституционного права (основ конституционного строя) воплощается

¹⁶ См., напр.: *Siems M. Comparative Law*. Cambridge, 2014. P. 27, 37.

¹⁷ См.: *Jackson V.C. Comparative Constitutional Law: Methodologies*. P. 67.

¹⁸ См.: *Whytock Ch. A. Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law // Brigham Young University Law Review*. 2009. № 6. P. 1880.

¹⁹ См.: *Legrand P. Op. cit.* P. 367.

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 вопрос²⁰. 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 рабо-

²⁰ См.: *Jackson V.C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law // Penn State International Law Review. 2010. P. 325.*

те²¹.

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 систему²², 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 науки²³, а также проблема прин-

²¹ См.: *Бланкенагель А.* О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 51.

²² Такая ситуация, в результате которой иногда делаются 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».

²³ См.: *Дождев Д.В.* Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007 / Под ред. Д.В. Дождева. СПб., 2008.

ципиальной возможности сравнивать право, приобретающее уникальные черты в каждой из множества культур²⁴. 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 силой²⁵. Конечно, можно рассматривать конституцию как продукт определенных отношений, но, в свою очередь, она призвана и способна регулировать общественные отношения, не только фиксируя существующее положение

С. 19.

²⁴ См.: *Слыщенко В.А.* Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права. 2011. М., 2011. С. 19.

²⁵ См.: *Богданова Н.А.* Конституционное право: Общая часть. М., 2007. С. 18–19.

вещей, но задавая вектор развития в том или ином направлении и выполняя определенные функции по отношению к различным сферам жизнедеятельности общества²⁶; 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 объектов²⁷ 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 эконо-

²⁶ 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.

²⁷ 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. 30–31.

номической 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 государством²⁸.

С другой стороны, свойственный контекстуализму акцент на различиях имеет свой предел в концептуальном функционализме, ориентированном на развитие представлений о том, зачем и каких образом должен в принципе функционировать тот или иной конституционно-правовой институт и какие категории и критерии характеризуют его функционирование²⁹. В литературе было высказано заслуживающее внимания предположение, что «идеальные типы» М. Вебера могут быть применимы к анализу конституций³⁰. Срав-

²⁸ См.: Кененова И.П., Троицкая А.А., Шустров Д.Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М., 2015. С. 31.

²⁹ См.: Jackson V.C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. P.63.

³⁰ См.: Leyland P. Opposition and Fragmentations: In Search of a Formula for

нительно-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.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.