

МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

Междисциплинарность в сравнительном конституционно-правовом исследовании

Александра Троицкая*

Сравнительный метод в науке конституционного права пользуется заслуженным успехом, но одновременно ставит ряд важных методологических вопросов. Один из них связан с границами сравнительного конституционно-правового исследования, определяемыми более или менее лояльным отношением к вовлечению в исследование теоретических конструкций и исследовательских практик иных дисциплин. По крайней мере в отечественной науке по этому вопросу сохраняется достаточно широкий спектр позиций, от признания всякого подлинно научного знания междисциплинарным по своей природе и до стремления ограничиваться в рамках правовых дисциплин изучением строго правовых феноменов (между этими условными «крайностями» находятся срединные позиции, допускающие выход на междисциплинарность, но с необходимостью осторожно оценивать возникающие при этом риски). На основе сопоставления соответствующих позиций в данной статье будут представлены соображения относительно допустимости и желательности междисциплинарного подхода, а также той конкретной пользы, которую могут принести сравнительному конституционному праву социология права, история права, политология и экономический анализ права. Возможность и эффективность вовлечения дополнительных «углов зрения» будет продемонстрирована на примере обращения к различным конституционно-правовым институтам. Полученные в работе выводы могут быть актуальны для конституционного права всякого государства, взятого по отдельности, но особенно важны для сферы компаративистики, означающей работу с несколькими правовыми системами, функционирующими в отличающемся культурном (в широком смысле этого слова) контексте.

→ *Сравнительный метод; методология конституционно-правового исследования; междисциплинарный подход; история права; социология права; политология; экономический анализ права*

DOI: 10.21128/1812-7126-2017-5-57-77

1. Введение

Ценность использования сравнительного метода в юридических науках, как правило, не ставится под сомнение. Тем не менее цели, порядок и эвристический потенциал его применения, как представляется, нуждаются в дополнительном изучении. Особенно это касается конституционно-правовой науки, имеющей дело с областью права, в значительной степени определяемого спецификой конкретного общества (его историческим опытом,

культурными особенностями, экономическими условиями, институциональными предпочтениями, правовыми и политическими традициями) и требующего внимания к системе политических институтов, функционирующих в определённом контексте¹. Уже сами тексты конституций могут рассматриваться как документы, не только отражающие решения определённого круга проблем и позволяющие учёным закладывать социальные функции конституционно-правовых институтов в основание сравнения последних², но и выражаю-

* Троицкая Александра Алексеевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, Москва, Россия (e-mail: stephany@mail.ru).

¹ См.: *Bell J. Comparing Public Law // Comparative Law in the 21st Century / ed. by A. Harding, E. Örsü. London: Kluwer Law International, 2002. P. 235–247.*

² См.: *Graziadei M. The Functionalist Heritage // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed.*

щие «автохтонные» характеристики конкретного общества и государства, неотделимые от их исторических и социокультурных особенностей, своего рода «автобиографию» конкретной системы³, что актуализирует изучение более широкого контекста действия конституционного права в целом, в том числе для целей сравнительного исследования.

На каких бы позициях ни стоял исследователь, отдавая предпочтение функциональному или контекстуальному подходу либо их синтезу⁴, речь, как правило, не идёт о механическом применении сравнительного метода к взятым изолированно нормам. Не вызывает сомнений необходимость опираться при проведении сравнительных исследований на формально-юридический метод, использование которого позволяет получить знания о содержании норм, точном их значении, месте в системе регулирования и т. д., что является необходимой предпосылкой для проведения сравнения. Однако возникают вопросы относительно того, следует при исследовании права *оставаться в рамках нормативных конструкций, или же необходимо учитывать иные социальные явления, в том числе находящиеся в зоне внимания других наук, и использовать методы этих наук.*

Вопрос о границах исследования в рамках науки конституционного права ставится достаточно давно и безотносительно именно сравнительных задач. В сущности, это даже ещё более широкий вопрос методологии праведения в целом, нашедший отражение в противоборстве двух школ (юридического позитивизма и социологической), принципиально различным образом отвечающих на вопрос

о предмете юридической науки⁵. Одновременно, применительно к конституционному праву, ключевое значение имеет понимание сущности конституции — с социально-политических либо формально-юридических позиций⁶. Не претендуя на исчерпывающий анализ аргументов сторонников указанных школ и позиций, но учитывая их, рассмотрим перспективы междисциплинарного подхода⁷ для сравнительного конституционного права.

В рамках данной статьи речь пойдёт о той конкретной пользе, которую может дать конституционной компаративистике обращение к обсуждаемым дисциплинам (история права, социология права, политология, экономический анализ права) как с содержательной, так и с методологической точек зрения, при этом аргументы тех, кто настаивает на норма-

⁵ Обзор см., например: *Лазарев В.В., Липень С.В.* История и методология юридической науки : университетский курс для магистрантов юридических вузов / под ред. А.В. Корнева. М. : Норма : Инфра-М, 2016. С. 190–206.

⁶ Среди всех позиций по вопросу о сущности конституции выделим ту, в соответствии с которой конституция есть выражение соотношения существующих политических сил и, следовательно, для своего понимания требует учёта в первую очередь политической ситуации в конкретно-исторический момент (см.: *Ласкаль Ф.* О сущности конституции. Одесса : М. С. Козман, 1905), и ту, в рамках которой конституция — это установление правовых форм, организация и ограничение государственной власти, что предполагает внимание к влиянию права на иные стороны общественной жизни (см.: *Спекторский Е.В.* Что такое конституция. М. : Тип. т-ва Рябушинских, 1917. С. 6–8). В данной работе мы будем исходить из того, что взаимосвязь правовых и иных общественных явлений — это «дорога с двусторонним движением».

⁷ В данной работе междисциплинарность понимается как выход за рамки конвенционно установленных научных дисциплин, с позиций включения в исследование дополнительных объектов, а также применяемых методов с целью понимания реальности во всей её сложности. Термины мультидисциплинарности или трансдисциплинарности иногда понимаются похожим образом, иногда подразумевают иные смыслы. Однако для целей данной работы мы оставим эту дискуссию в стороне, имея в виду лишь, что в рамках междисциплинарности «теоретические представления или исследовательские практики одной дисциплинарной области проникают в другие, используя там для решения дисциплинарных вопросов». См.: *Киященко Л.П.* Феномен трансдисциплинарности — опыт философского анализа // *Santalka. Filosofija.* 2006. Т. 14. № 1. С. 17–37, 17.

by P. Legrand, R. Munday. Cambridge : Cambridge University Press, 2003. P. 100–130, 100.

³ См.: *Harding A., Leyland P.* Comparative Law in Constitutional Context // *Comparative Law: A Handbook* / ed. by E. Örsjö, D. Nelken. Portland, OR : Hart Publishing, 2007. P. 313–338, 316.

⁴ В частности, о функциональном контекстуализме см.: *Jackson V.C.* Comparative Constitutional Law: Methodologies // *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajó. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 54–74, 67; об обновленном функционализме см.: *Whytock Ch.A.* Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law // *Brigham Young University Law Review.* 2009. No. 6. P. 1879–1906, 1880.

тивистских подходах и/или уделяет внимание рискам расширения предмета исследования, также будут учтены (2–4). Итоговые выводы относительно перспектив и преимуществ обращения к междисциплинарному подходу в контексте постмодернистской научной картины суммированы в последней части работы (5).

2. Расширение сферы исследования: базовые аргументы за...

Применительно к конституционному праву не представляется возможным оспаривать тезис о наличии связи между обществом, прошедшим определённый путь развития, имеющим специфические характеристики и порождающим вопросы, на которые право призвано дать ответ, и самим правом с его ответами⁸. Во-первых, 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. Содержание соответствующих установлений невозможно оценивать вне контекста конституционной идентичности, а это вопрос, выходящий за рамки писаного права. При этом конституционно-правовые нормы, определяясь специфическими чертами конкретного социального порядка, в то же время призваны исключать или поддерживать эти черты или их изменение, что также оправдывает изучение конституционного права в более широком контексте⁹. Во-вторых, общеизвестно, 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. В-третьих, многие институты конституционного права функционируют в зависимости от конфигурации других институтов; соответственно, в отношении ряда конституционно-правовых норм два обозначенных выше эффекта могут складываться и усиливать друг друга.

Отсюда может быть выведена идея о том, что понимание и конструирование такого сложного и многопланового феномена, каким является конституционное право, в принципе требует выхода за рамки конституционно-правовых текстов¹⁰. Еще Ф. Ф. Косошкин писал о том, что «в науке государственного права... есть три элемента. Юридические нормы можно изучать с точки зрения исторического их возникновения и развития. Так изучает их *история права*. Можно далее изучать юридические нормы, существующие в известном государстве в данный момент, выяснять их содержание, раскрывать общие начала, лежащие в основе их, зависимость их между собой и сводить их в одну общую систему. В этом заключается *догма права*, или юридическая наука в тесном смысле этого слова. Можно, наконец, подвергать право критической оценке с точки зрения соответствия его потребностям данного общества; можно строить идеальные нормы, не в смысле пригодности их для всех народов и времён, а в смысле пригодности для данного общества данной эпохи. Это составляет задачу *политики права*»¹¹. Н. А. Богданова выделяет различные подходы в процессе познания конституционного права, в том числе юридический, социологический, политологический и исторический¹².

Тезис о расширении границ познания верен и для сравнительного исследования конституционного права; и даже в большей сте-

⁸ См.: Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity // The Journal of Comparative Law. Vol. 1. 2006. No. 2. P. 365–460. URL: <http://www.pierre-legrand.com/comparing-authentically.pdf> (дата обращения: 06.10.2017).

⁹ См.: Hirschl R. From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies // International Journal of Constitutional Law. Vol. 11. 2013. No. 1. P. 1–12, 2–5.

¹⁰ О необходимости всестороннего исследования, позволяющего «раскрыть те или иные стороны предмета науки конституционного права и изучить его объект» см.: Богданова Н. А. Система науки конституционного права. М. : Юристъ, 2001. С. 44.

¹¹ Косошкин Ф. Ф. Лекции по общему государственному праву / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. М. : Зерцало, 2004. С. 139.

¹² См.: Богданова Н. А. Указ. соч. С. 44–45; Конституционное право. Общая часть : учебно-методическое пособие к лекциям и семинарам (программа дисциплины, тезисы лекций, практикум) / под ред. Н. А. Богдановой. М. : Зерцало, 2017. С. 43.

пени верен именно для него, поскольку сравнительный метод предполагает обращение к иностранным системам. Для юриста изучение собственной национальной правовой системы может происходить на подразумеваемом подтексте знания социальной среды исследуемых правовых проблем; но для компаративиста, как указывается в научной литературе, *необходимо погружение в общественную действительность иностранных систем* как таковую, без чего не будет «информации об экономических и социокультурных показателях общества, которые являются ключом к пониманию правовых норм, ни знания политико-культурных установок адресатов норм и общественных устоев, формирующих общественную среду правового регулирования и, таким образом, определяющих саму правовую норму... *Компаративистика и сравнительное конституционное право... по своей сути имеет междисциплинарный характер!*»¹³ Применительно к сравнительному конституционному праву отказ от изучения контекста во всяком случае представляется проблематичным, особенно в ситуации стремления к осмысленным суждениям и умозаключениям. Такой отказ, скорее всего, окажется равносильным слишком большому упрощению, или недостаточно глубокому погружению в материю, или безосновательному распространению собственного понимания конкретных категорий на другую систему¹⁴, и во всех случаях эффект сравнения как такового будет подорван.

Собственно, само сравнение как сопоставление объектов на предмет выявления отношения между ними с точки зрения определённых их свойств (с выделением их тождества или степени их сходства и различия)¹⁵ проводится на основе анализа норм права¹⁶;

однако использование сравнительного метода предполагает также, что исследуемые конституционно-правовые нормы или институты будут сопоставимы по избранному критерию, а *выбор объектов и критериев сравнения* и понимание его результатов уже могут потребовать использования иных дисциплин.

Тем более обращения к правовой материи может оказаться недостаточным, когда речь заходит о таких стадиях сравнительно-правового исследования, как *объяснение и оценка* полученных в ходе сравнения результатов. Относительно включения этих стадий в порядок использования сравнительного метода в науке можно встретить некоторые возражения, иногда, впрочем, скорее постулируемые, нежели доказываемые¹⁷; представляется, однако, что в зависимости от целей, которые ставит перед собой исследователь (а он может иметь в виду не только описание или создание типологии, но и построение теоретических моделей, формулирование нормативных (прескриптивных) идей или обоснование практического результата в виде заимствования¹⁸), объяснение¹⁹ обнаруженных сходств и различий, а также их оценка²⁰ могут становиться

¹⁷ См., например: *Сталев Ж.* Сравнительный метод в социалистической правовой науке // Сравнительное правоведение : сб. статей / сост.: В. А. Туманов. М. : Прогресс, 1978. С. 15–53, 37. Цит. по: *Сырых В. М.* Указ. соч.; *Jansen N.* Comparative Law and Comparative Knowledge // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford : Oxford University Press, 2008. P. 305–337, 337.

¹⁸ См.: *Gardbaum S.* How Do and Should We Compare Constitutional Law // Comparing Comparative Law / ed. by S. Besson, L. Heckendorn, S. Jubé. Zurich : Schulthess, 2017. P. 109–126; *Hage J.* Comparative Law as Method and the Method of Comparative Law // The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke / ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford ; Portland, OR : Hart Publishing, 2014. P. 37–52, 44.

¹⁹ Некоторые авторы даже указывали на своего рода консенсус в вопросе о смысле исследования с применением сравнительного метода, который заключается в объяснении, позволяющем «понимать». См.: *Przeworski A.* Methods of Cross-National Research, 1970–1983: An Overview // Comparative Policy Research: Learning from Experience / ed. by M. Dierkes, H. N. Weiler, A. B. Antal. Aldershot : Gower, 1987. P. 31–49, 35.

²⁰ См.: *Пилипенко А. Н.* Сравнительное конституционное и административное право: от истоков до современности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 5. С. 746–751,

¹³ *Бланкенагель А.* О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3 (48). С. 51–52, 52 (курсив мой. – А. Т.).

¹⁴ Такая ситуация, в результате которой иногда делаются неверные выводы о том, чего в другой системе на самом деле нет, и при этом игнорируется то, что там есть, получило наименование «правового империализма».

¹⁵ См.: Большая советская энциклопедия : в 30 т. Т. 24. Кн. 1. 3-е изд. М. : Советская энциклопедия, 1976. С. 353.

¹⁶ См.: *Сырых В. М.* История и методология юридической науки. М. : Норма : ИНФРА-М, 2012.

частями сравнительного исследования. Как отмечается в литературе, опора только на нормы и даже на выполняемые ими социальные функции не позволяет находить ответы на вопросы о том, как именно развивалась правовая система и под влиянием каких факторов²¹; иными словами, для того чтобы проследить динамику, или оценить потенциал развития нормы или института, или оценить их действие, что может быть принципиально для теоретических или практикоориентированных (а не просто описательных) построений, необходимо вовлекать и другие пути и сферы познания²².

3. ...и против

С другой стороны, отвлечение от строго правовой материи сопряжено с некоторыми проблемами. Не стоит даже говорить об ограниченности ресурсов (языковых, временных, интеллектуальных) отдельных исследователей, для которых учёт социального, экономического, политического, исторического контекста применительно к конституционно-правовым институтам означает исключительно широкое поле деятельности. Вместе с тем следует обозначить по крайней мере три проблемы, связанные с расширением этого поля.

Во-первых, требует внимания проблема подмены объектов юридической науки. В литературе высказана позиция, в соответствии с которой «если ограничить предмет правового познания лишь чисто юридическими закономерностями, тогда правоведение окажется ограниченным знанием, лишённым возможности понять действительные взаимосвязи и взаимодействия государственно-правовых феноменов с иными социальными объектами»; однако не случайно сразу вслед за ней звучит и предостережение от другой крайно-

сти, стирающей грани между научными дисциплинами и приводящей к утрате специфики юридического знания²³. Юридическое знание направлено «на то, чтобы понимать право»; однако определяется это понимание тем, как тщательно мы интерпретируем право в его собственных, «внутренних» категориях, или тем, насколько мы учитываем производное и/или инструментальное значение права, то есть его появление в конкретных условиях и действие, которое оно запрограммировано или незапрограммировано оказывает на жизнь общества и отдельных людей?²⁴

Во-вторых, следует учитывать проблему выбора определённого «угла зрения». Если исследователь стремится выйти за рамки понимания внутреннего значения текстуально закреплённых правовых норм и принципов и увидеть их специфику во влиянии на общественную жизнь, немедленно возникает вопрос: какие именно стороны общественной жизни следует принимать во внимание? Следует ли сосредоточиться на экономическом анализе права, социологии права, истории права или учёте соотношения политических сил? Нужно ли развивать широкие культурологические подходы, способные учитывать все эти направления? Не менее существенным является вопрос о том, что в выстраиваемых моделях будет независимой, а что зависимой переменной²⁵. Понимаем ли мы право как результат действия факторов из различных областей или как фактор, определяющий результаты в различных областях? Как справедливо подчёркивается в литературе, «в отсутствие подлинной линейной причинности и объективной иерархии явлений выбор точки отчёта определяется системой ценностей наблюдателя, безусловно субъективной, но наделя-

747; Бехруз Х. Сравнительное правоведение: учеб. для вузов. Одесса: Феникс; М.: Транслит, 2008. С. 78.

²¹ См.: Gerber D.J. Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language // Rethinking the Masters of Comparative Law / ed. by A. Riles. Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, 2001. P. 190–208, 205–206.

²² См.: Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, 2014. P. 81.

²³ См.: Глухарева Л.И. Объект и предмет юридического исследования // История государства и права. 2009. № 15. С. 40–43.

²⁴ См.: Hadfield G.K. The Strategy of Methodology: The Virtues of Being Reductionist for Comparative Law // The University of Toronto Law Journal. Vol. 59. 2009. No. 2. P. 223–236, 223–224.

²⁵ Так, в некоторых сравнительных исследованиях культура понимается как основополагающая независимая переменная, которая объясняет выявленные различия в правовых подходах; в других культура предстаёт как зависимая переменная — нечто, что должно быть объяснено, в том числе с позиций экономического анализа права. См.: Ibid. P. 233.

емой — искренне или умышленно — флером объективности»²⁶.

В-третьих, нельзя не заметить проблему принципиальной возможности построения теоретических или практических моделей по результатам сравнения правовых систем, приобретающих уникальные черты²⁷ в результате учёта действия множества факторов (исторических, политических и т. д.). Понятно, что о тождественных институтах в конституционном праве говорить проблематично; сравнение призвано обнаружить и обнаруживает черты сходства и различия в сравниваемых объектах. Однако не будет ли получаться так, что уяснение всех особенностей становления и развития соответствующих конституционно-правовых институтов в широком социальном контексте обнаружит больший потенциал различия (в том числе и в кажущемся сходстве²⁸)? Другими словами, поставит ли под вопрос саму сравнимость объектов, формирование общих концепций и перспективы развития правовых систем (в том числе с помощью заимствований)?

Возьмём в качестве иллюстрации этих проблем принцип светского государства. Например, при похожем (по видимости) указании на отделение церкви от государства во Франции и Германии²⁹ в этих двух странах были приняты диаметрально противоположные решения по некоторым вопросам религи-

озной свободы³⁰, демонстрирующие отличающиеся подходы к соотношению негативного (защита от вмешательства) и позитивного (обеспечение со стороны государства) аспектов этой свободы. Возможно, объяснение различия в подходах не потребует чрезмерных усилий при условии обращения к историческим причинам, побудившим Францию идти по пути более строгого секуляризма³¹. Однако следует ли здесь ограничиться историческим объяснением? Или необходимо отыскивать и иные причины расхождения в толковании принципа светского государства? Можно ли сказать, что дело не в причинах, а в целях и что в Германии и Франции соответствующими правовыми средствами пытались создать разные конфигурации общественных отношений? С учётом всех причин и целей — будут ли модели взаимоотношения государства и церкви этих двух государств сравнимыми объектами? Какое значение эти модели имеют для формирования концепции светского государства? До какой степени концепция светского государства предопределяет нейтралитет государства в религиозных вопросах? И что следует понимать под таким нейтралитетом? Является ли секулярное государство разновидностью светского или это самостоятельная модель? Может ли какое-либо третье государство, не совпадающее по историческому опыту и иным характеристикам с рассматриваемыми двумя, отстраивать тем не менее модель секулярного государства по французскому образцу? Или взять за основу решения, принятые в ФРГ?

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

4. Междисциплинарные исследования: некоторые подходы

Перспективы преодоления обозначенных трудностей оцениваются в литературе с раз-

²⁶ См.: *Дождев Д. В.* Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права, 2007 / под ред. Д. В. Дождева. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга»», 2008. С. 7–28, 19.

²⁷ См.: *Слыщенков В. А.* Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права, 2011 / под ред. Д. В. Дождева. М.: Статут, 2011. С. 12–26, 12.

²⁸ О том, что сама категория сходства уже предполагает (в отличие от тождества) и определённую степень различия см.: *Jansen N.* Op. cit. P. 312–313.

²⁹ Собственно, уже на уровне конституционных формулировок можно увидеть и разницу — указание на светский характер государства в Конституции Франции 1958 года и развёрнутые положения статей 136–141 германской Конституции 1919 года (являющиеся частью действующего Основного закона) об отсутствии государственной церкви, свободе создания религиозных объединений, их самостоятельности при управлении своими делами и т. д.

³⁰ Например, Федеральный конституционный суд ФРГ не поддержал идею запрета ношения хиджабов ученицами в государственных школах, в то время как во Франции эта идея была уверенно реализована. См.: 1 BvR 471/10; *Dogru v. France* (4 December 2008) ECHR 27058/05.

³¹ См.: *Droit constitutionnel* / coord. L. Favoreu. 7^e éd. Paris: Dalloz, 2004. P. 802.

ной степени оптимизма. Можно встретить указания на то, что каждый учёный исследует контекст с учётом решаемых задач³²; или призывы создавать для изучения какой-либо проблемы группы учёных-специалистов в разных областях³³; или вовсе утверждение о необходимости отказа от традиционного дисциплинарного подхода к научному знанию³⁴. Представляется, однако, что такие соображения скорее обходят обозначенные выше затруднения, нежели решают их; больший интерес вызывают позиции, в соответствии с которыми необходимо «установление пределов допущения других дисциплин в сферу сравнительного права без нарушения идентичности»³⁵; предмет правового изучения должен охватывать «ту часть политической, экономической и иной материи, которая не просто, а непосредственно, напрямую связана с юридической материей»³⁶.

Естественно, обозначенные позиции — это только начало поиска, а не окончание его. Каким образом можно определить, в какой момент идентичность сравнительного права разрушается? Какие именно политические, экономические и другие вопросы напрямую связаны с юридической материей? Тем не менее соответствующий поиск представляется делом стб́ящим, с учётом кроющихся за ним возможностей понимания и развития права. Учитывая всю масштабность задачи, выходящей за рамки данной работы, пытаемся уточнить некоторые особенности и эвристический потенциал обращения к некоторым «смежным» по отношению к праву областям знания. При этом постараемся сосредоточиться на значении этих областей для понимания и развития не просто права, но именно *сравнительных* исследований в области конституционного права.

Социология права. Проблема соответствия политических законов и свойств народа, для которого они установлены, была поднята ещё Ш. Монтескьё³⁷; с тех пор социологическая наука, в том числе представления об особенностях научного изучения различных сторон социальной действительности (включая право) прошли долгий путь развития; с другой стороны, существенным образом уточнялись и представления об объектах изучения правовой науки. В настоящее время специальное направление, получившее название социологии права (и являющееся, по мнению одних учёных, одной из отраслей общей социологии, других — частью правоведения, третьих — новой самостоятельной дисциплиной), концентрируется на социальной стороне правовых феноменов³⁸.

Подключение социологического угла зрения к правовым исследованиям связывается обычно с необходимостью изучения «права в жизни», рассматриваемого (для эвристических целей) шире, нежели «право в текстах». В том же русле и в компаративистике периодически звучит достаточно уверенный запрос на исследование социальной среды: «Если сравнительное право стремится выполнять свои задачи надлежащим образом, оно *должно* рассматривать «живое право» (“*living law*”), включая фактическую среду последнего, в сравниваемых странах. Следовательно, сравнительное право требует социологических исследований в максимально возможной степени»³⁹. В сравнительном конституционном праве обращение к социальным наукам обосновывается через необходимость уделять внимание целям и последствиям действия конституционно-правовых норм, условиям развития конституций и эффективности их функционирования в изучаемых государствах, обстоятельствам принятия решений органами конституционного контроля и др.⁴⁰

³² См.: Palmer V.V. From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology // The American Journal of Comparative Law. Vol. 53. 2005. No. 1. P. 261–290, 263, 265.

³³ См.: Husa J. Interdisciplinary Comparative Law — Between Scilla and Charybdis? // The Journal of Comparative Law. Vol. 9. 2014. No. 2. P. 28–42, 41–42.

³⁴ См.: Faust F. Comparative Law and Economic Analysis of Law // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. P. 837–865, 864.

³⁵ Дождев Д. В. Указ. соч. С. 13.

³⁶ Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права : учеб. М. : Проспект, 2005. С. 18.

³⁷ См.: Монтескьё Ш. О духе законов. М. : Мысль, 1999.

³⁸ См.: Социология права : курс лекций : в 2 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. М. : Проспект, 2015. Т. 1. С. 4–5.

³⁹ Drobning U. Methods of Sociological Research in Comparative Law // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht = The Rabel Journal of Comparative and International Private Law. 35. Jg. 1971. H. 3. S. 496–504, 498.

⁴⁰ См.: Hirschl R. From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies. P. 7–8.

Обратим внимание на потенциальные преимущества, которые даёт социология права именно для сравнительных исследований права, в том числе и особенно конституционного права. Прежде всего, социология способна сделать полезный *теоретический вклад в понимание методов* юридической компаративистики, уточняя собственно те подходы к сравнению, которые существуют за рамками строгого позитивизма, чреватого механистической формальностью, а именно функциональный (и иногда отдельно — инструментальный) и культурологический подходы⁴¹. Одним из основных преимуществ этих подходов считается *восприятие права конкретного государства сквозь призму потребностей, интересов и задач, актуальных для данного социального порядка и/или с учётом существующей в ней правовой культуры* (включая представление о социальных структурах и роли права в их упорядочивании, источниках права, их дополнении иными регуляторами, соотношении государства и права, значении политических и судебной ветвей власти, роли профессиональных юристов, особенностях юридического образования и др.)⁴².

Отсюда следует, что социология права обеспечивает описание социальной среды действия права рассматриваемого государства, причём анализируемой в её собственных категориях. В литературе выделяют два крупных типа сравнительных исследований права с социологическими позициями: имеющие целью формулирование особенностей общественных структур и правовой культуры различных государств, возникающих на основе правовых норм, либо предполагающие, что социальные особенности, напротив, сами будут служить инструментом объяснения действия правовых институтов. Выбор в пользу того или иного типа исследования тем более сложен, что правовые (и особенно конституционно-правовые) институты, имея основой определённую культурную среду и традиции, сами призваны и способны влиять на эту среду. Тем не менее в обоих случаях подключение социологии права к сравнительным исследованиям направлено на уточнение значения изучаемых правовых конструкций и раскрытие того, как именно эти конструкции отражают и создают правовую культуру⁴³; соответствующее измерение представляет собой надлежащее средство получения знаний о контексте функционирования права⁴⁴.

Более того, социология права не ограничивается этим и стремится к формированию абстрактного знания о социальных явлениях. Социология предполагает «генерализацию» знаний, полученных на основе изучения определённой среды⁴⁵, встраивание их в теоретические системы. Это же является одной из задач сравнительных исследований в конституционном праве. В связи с этим социология права может оказать компаративистам ещё одну важную методологическую услугу, касающуюся проблемы «утопания в контексте». Бесконечные комбинации переменных, существующих в том или ином контексте, безусловно, затрудняют путь понимания социальных, в том числе правовых феноменов⁴⁶. **Отбор релевантной для целей исследования части переменных и «генерализация» на основе «особенностей»** — это задачи, решаемые социологией всё время её существования. Раз и навсегда проторенных путей здесь нет, но известен механизм работы, связанный с «идеальными типами» М. Вебера — аналитическими инструментами, позволяющими обнаружить абстрактный образец, с которым могут быть сопоставлены разнообразные отобранные для этой цели эмпирические данные. В литературе было высказано заслуживающее внимания предположение, что *«идеальные типы» могут быть применимы*

к различным социальным ситуациям, в которых они возникают» (M. Weber, *Methodology of Social Science*, 1949, p. 18).

⁴¹ См.: Ibid. P.336.

⁴² См.: Curran V.G. Cultural Immersion, Difference and Categories in US Comparative Law // American Journal of Comparative Law. Vol. 46. 1998. No. 1. P.43–92, 45.

⁴³ См.: Webber I.L. Sociology: Parochial or Universal // Social Forces. Vol. 60. 1981. No. 2. P.416–431, 418–419.

⁴⁴ См.: Curran V.G. Comparative Law and Legal Origin Thesis: “Non scholae sed vitae discimus” // The American Journal of Comparative Law. Vol. 57. 2009. No. 4. P.863–876, 864.

⁴¹ См.: Cotterrell R. Comparative Sociology of Law // Comparative Law and Society / ed. by D. S. Clark. Cheltenham ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2012. P. 39–60.

⁴² См.: Nelken D. Comparative Sociology of Law // An Introduction to Law and Social Theory / ed. by R. Banakar, M. Travers. Portland, OR : Hart Publishing, 2002. P. 329–343, 333–334.

к анализу конституций⁴⁷. Сравнительно-правовой анализ может быть проведён с учётом 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 — и делая вклад в уточнение общих конституционно-правовых концепций и типологий⁴⁸.

Учёт социальных факторов необходим при решении многих конституционно-правовых задач; сравнение соответствующих решений также требует выхода за рамки формальных норм. Это особенно заметно при рассмотрении конституционных прав, реализация которых может существенным образом различаться, несмотря на близкие формулировки норм. Приведём в качестве примера проблему смертной казни. Правовые нормы могут в лучшем случае дать ответ на вопрос, существует ли она в данном государстве или нет, но для понимания причин сохранения такого наказания или отказа от него анализа правовых норм будет, скорее всего, недостаточно. Это тем более верно для случаев, когда создатели конституции не предусмотрели ответа явным образом и данная задача оказывается возложена на орган конституционного контроля. Существует целый ряд решений, показывающих, что суды были вынуждены выйти за фор-

мально-правовые рамки, рассматривая проблему смертной казни. Примечательно, сколь разные соображения вовлекаются в процесс оценки допустимости одного и того же вида наказания в разных государствах. Так, Верховный суд США, обратив внимание на отсутствие «окончательной общественной оценки стандартов допустимого в отношении уголовных санкций», установил, что наказание должно согласовываться с достоинством личности, а для этого не быть чрезмерным; при этом чрезмерность предлагалось определять через два аспекта: наказание «не должно влечь за собой излишнего и беспричинного причинения боли» и «не должно быть явно непропорциональным серьёзности преступления». При соблюдении этих требований смертная казнь рассматривается как не нарушающая норму Конституции о запрете жестоких и необычных наказаний⁴⁹. Верховный суд Индии установил, что государство может лишиться человека жизни в рамках «честной, справедливой и разумной процедуры»; в такой ситуации смертная казнь не рассматривается как образующая неразумное, жестокое или необычное наказание⁵⁰. По мнению же Конституционного суда ЮАР, приведение в исполнение смертного приговора разрушает жизнь, уничтожает достоинство, в осуществлении смертной казни присутствуют элементы произвола, она непоправима; в результате смертная казнь была признана жестоким,

⁴⁷ См.: *Leyland P. Opposition and Fragmentations: In Search of a Formula for Comparative Analysis // Comparative Law in the 21st Century / ed. by A. Harding, E. Ögüsi. P.211–233, 221.*

⁴⁸ 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 её многообразии. Идеальный тип М.Вебера, как заведомое упрощение и идеализация сложности и многообразия общественных явлений, не может быть найден в существующей реальности. Идеальный тип как методологическое средство не равен какому-либо из реально действующих институтов. См.: *Швырёв В. С. Идеальный тип // Новая философская энциклопедия : в 4 т. Т. 2: Е—М. М. : Мысль, 2010. Статья доступна на сайте: URL: <http://iphras.ru/elib/1177.html> (дата обращения: 08.10.2017).*

⁴⁹ См.: *Gregg v. Georgia. 428 U.S. 153 (1976). URL: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/428/153.html> (дата обращения: 08.10.2017).* В одном из более поздних дел, связанных с применением смертной казни в отношении несовершеннолетних, Суд со ссылкой на мировой опыт и «эволюционирующие стандарты допустимого, которые характеризуют прогресс развивающегося общества», признал наказание непропорциональным. В Особом мнении судьи Скалиа указывалось, что Суд подменил собственное решение (которое должно основываться на консенсусе, действующем в американском обществе) анализом практики других государств, где, возможно, у обвиняемых нет таких гарантий справедливого судебного разбирательства; судья особенно подчеркнул практику функционирования в США суда присяжных. См.: *Roper v. Simmons. 543 U.S. 551 (2005). URL: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/543/551.html> (дата обращения: 08.10.2017).*

⁵⁰ См.: *Bachan Singh v. State of Punjab. AIR 1980 SC 898. URL: <https://indiankanoon.org/doc/307021/> (дата обращения: 08.10.2017).*

бесчеловечным и унижающим наказанием⁵¹. Особенно показательным решением Конституционного суда Украины, в котором он, помимо анализа конституционных положений о неотъемлемости права на жизнь, запрете произвольного её лишения и недопустимости жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство наказаний, уточнил: «Как показывает мировой и отечественный опыт, смертная казнь не может быть оправдана в качестве эффективного способа в борьбе с преступностью. Эта мера наказания не принадлежит к факторам, которые сдерживают преступность»⁵². Естественно, во всех случаях суды опирались на (не совпадающие дословно) нормы конституций, регулирующие право на жизнь и достоинство; однако здесь присутствуют и отсылки к *требованиям функционирования социальной среды*. Подключение социологического измерения может предоставить по крайней мере частичное объяснение решений, существующих в разных социальных порядках, но кроме того, позволяет уточнить понимание таких общих категорий, как «право на жизнь», «достоинство личности», «цели наказания», «гарантии справедливого судебного разбирательства» и др. и соотнести с ними упомянутые (и иные) решения.

История права. Необходимость обращения к истории права иногда рассматривается как часть социологического подхода при проведении сравнений, поскольку исторический путь государства и общества — это, в сущности, часть социальной среды развития правовых идей. Тем не менее выделим эту область отдельно, чтобы подчеркнуть её диахронное измерение.

Развитие исторической школы права связывают обычно с исследованиями немецкого учёного Ф. Савиньи. Фактически обращение к истории права (в том числе использование диахронного сравнения самостоятельно и даже в сочетании с синхронным) отстаивалось

и раньше⁵³. Однако именно в трудах Ф. Савиньи и его последователя Г. Пухты была последовательно проведена идея о необходимости изучения истории для понимания права и о связи права и народного духа⁵⁴. Эта идея вполне отчётливо противостоит формально-догматическому подходу, предполагающему, что всё, что нужно для понимания правового акта, содержится в самом этом акте⁵⁵.

Можно было бы подумать, что историческая школа снижает интерес к сравнительным исследованиям, но большинство учёных считает, что, пусть и опосредованно, она сделала большой вклад в развитие компаративистики, поскольку для понимания природы собственного права (хотя бы и определяемого исторической судьбой) было сочтено необходимым изучать иностранное⁵⁶. На этой почве выкристаллизовалось понимание, что в исследовании права должно сочетаться обращение к догме права, его истории и сравнению⁵⁷.

Нормы конституционного права формируются с течением времени. В науке конституции рассматриваются как явления не только юридические и социально-политические, но и конкретно-исторические⁵⁸. Многие их

⁵¹ См.: *The State v. Makwanyane and Others*. 1995 (3) SA 391 (CC). URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html> (дата обращения: 08.10.2017).

⁵² Решение Конституционного суда Украины от 29 декабря 1999 года № 11-рп. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-99?test=4/UMiPEGznhh0cf.ZiotmoLLH14Cos80msh8Ie6> (дата обращения: 08.10.2017).

⁵³ См.: *Scarciglia R. A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times // Beijing Law Review*. Vol. 6. 2015. No. 4. P. 296–310. Особенно впечатляет ссылка автора на работу Лейбница, в которой тот выражал надежду на новое направление в изучении права в историческом и сравнительном контексте.

⁵⁴ См.: *Захарова М.* История развития идей сравнительного правоведения // *Lex Russia*. 2011. № 2. С. 199–223, 205.

⁵⁵ См.: *Gordley J. Comparative Law and Legal History // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann*. P. 753–773, 760.

⁵⁶ См.: *Scarciglia R.* Op. cit. P. 305. К этому автор добавляет и вклад таких учёных, как Л. Фейербах (который, хотя и подчёркивал роль истории народа в развитии соответствующей правовой системы, утверждал, что глубокое понимание права может быть основано только на универсальной науке сравнительного права) и Э. Ганс (отдававший предпочтение философской интерпретации истории права и полагавший, что история права каждой страны даст вклад в понимание универсальных законов правового развития).

⁵⁷ См.: *Эсмен А.* Общие основания конституционного права / пер. с фр. под ред. В. Дерюжинского. СПб.: О. Н. Попова, 1898. С. 1, 20–21.

⁵⁸ См.: Конституционное право. Общая часть / под ред. Н. А. Богдановой. С. 49.

нормы отражают конкретный этап развития государства и общества, но кроме того, являются своего рода «реакцией» на полученный в прошлом опыт. *Такие нормы могут оцениваться не только как отражение исторических обстоятельств, дающих определённый вклад в правовую культуру и традицию (культурологический подход), но и как поиск решения возникавших в прошлом и сохраняющихся проблем (функциональный подход).* Соответствующая идея получила обоснование, в частности, в рамках концепции конституций как отражений «конституционных страхов»⁵⁹, и учёт её, как представляется, необходим в компаративных исследованиях.

К этому нужно добавить наличие именно в конституциях широкого круга норм, допускающих различное содержательное наполнение. Именно по таким нормам и возникает наибольшее количество споров⁶⁰. Известны различные способы толкования, и не секрет, что история появления норм может пролить свет на их специфику⁶¹. Важный момент заключается в том, что в ряде случаев *только сопоставление с учётом истории позволяет говорить о сравнимости объектов, и даже больше того: сама идентификация объектов для сравнения требует понимания их истории*⁶².

Нельзя не заметить, что исторические исследования также дают *методологический вклад* в работу учёных. В отличие от обычных статистических данных сравнительно-исторические материалы нацелены на поиск причинно-следственных связей между явлениями. Снова, как в случае с социологией, мы можем сказать, что историческая наука прошла длинный путь поиска *способов уста-*

новления достаточных и необходимых оснований конкретных результатов (в том числе правовых) и выделения с этой целью существенных опорных точек в необходимой степени детализации. Историческая наука с необходимостью даёт ответ на вопрос, можно ли вообще выделять исторические закономерности, отвечающие критериям научного знания, с учётом сложности и специфичности исторических обстоятельств. Внимание к этому вопросу способствовало обращению к методам познания, направленным на преодоление вполне понятного скептицизма и полезным также и для компаративистов, таким как типологическая дифференциация, булева алгебра для оценки значения переменных и их комбинаций, разработка индикаторов оценки и др. Помимо уже упомянутого выше веберовского концептуального анализа, следует подчеркнуть также перспективы использования анализа, направленного на объяснение последствий определённых событий (*process analysis*). Этот вид исследования доступен при малом количестве избранных случаев (особенно когда крупные статистические выборки по каким-либо причинам недоступны) и представляет собой детальную проработку связей между причинами и эффектами⁶³. Речь идёт о качественных оценках, которые могут дополнять или, напротив, опровергать соображения, полученные на основе количественных данных⁶⁴. Выявляемые на основе описанных способов закономерности могут и не претендовать на абсолютность (формулировку верных на 100 % законов); напротив, они учитывают динамику развития общественных отношений и до некоторой степени — элементы случайного в этом развитии; но достаточно и определённой доли вероятности, полученной и оценённой в исследованиях, чтобы не скидывать выявленные закономерности со счетов при понимании правовых институтов или выборе правовой политики⁶⁵.

Обозначенные приёмы пригодны для использования в истории права или сравнении

⁵⁹ См.: Краснов М.А. «Конституционные страхи» // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 6. С. 3–11, 3–4; Шайо А. Самоограничение власти: Краткий курс конституционализма : пер. с венг. М. : Юрист, 2001. С. 11–17.

⁶⁰ Заслуживающую внимания позицию о том, что споры и не возникают по поводу однозначных писанных норм и поэтому большинство споров в принципе решаются на основе (исторически обусловленных) фундаментальных идей, см.: Gordley J. Op. cit. P. 759.

⁶¹ См., например: Должиков А.В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4 (113). С. 125–151.

⁶² См.: Scarciglia R. Op. cit. P. 292.

⁶³ См.: Mahoney J. Comparative-Historical Methodology // Annual Review of Sociology. Vol. 30. 2004. P. 81–101, 88–89.

⁶⁴ См.: Goldthorpe J.H. On Sociology: Numbers, Narratives, and the Integration of Research and Theory. Oxford : Oxford University Press, 2000. P. 149.

⁶⁵ См.: Mahoney J. Op. cit. P. 82.

права по отдельности, но особенно высок их потенциал при соединении исторических и компаративистских исследований. В этом случае не только нормы права, но и *выявленные сходства и различия могут быть оценены в системе и развитии*. Различные в исторической перспективе институты иногда со временем приобретают черты сходства, а институты, схожие на некоторых этапах, могут, напротив, постепенно давать расхождение. В отсутствие сравнения затруднительно понимание отдельных исторических фактов, и опыт каждого государства может быть рассмотрен, скорее, в категориях его уникальности, вдобавок детерминированной всей его предшествующей историей⁶⁶. В отсутствие диахронного измерения велико искушение объяснять различия между правовыми институтами особыми требованиями системы данного национального права, а сходства — отражением общих потребностей или универсальных принципов. Именно сочетание синхронного и диахронного сравнения способно дать вклад в повышение объективного характера знания.

Это можно увидеть на примере специфики различных моделей конституционного контроля. В частности, учреждение Конституционного совета французской Конституцией 1958 года в исторической перспективе означало «привнесение во французскую конституционную традицию института, чуждого ей»⁶⁷. Даже в середине XX века, когда во многих государствах Европы уже появились специализированные органы конституционного правосудия (как результат понимания, наступившего после второй мировой войны, что не только исполнительные, но и законодатель-

ные органы должны быть эффективно подчинены конституции), во Франции соответствующее нововведение задумывалось как имеющее очень ограниченный характер («страж границ», отделяющих закон от регламентарных актов; полномочия только предварительного нормоконтроля⁶⁸). Этот выбор не может быть объяснён без обращения к истории французской правовой мысли и особенно формуле Ж.-Ж. Руссо о законе как выражении общей воли, закреплённой в статье 6 Декларации 1789 года и положенной в основу конституционного строя государства, а также без понимания очень специального отношения к судебной власти, сложившегося во Франции в эпоху Революции и сохранившегося вплоть до установления режима V Республики⁶⁹.

Вместе с тем французская модель, хотя и обусловленная историческими причинами, продемонстрировала большой потенциал трансформации в русле развития идей конституционного правосудия в целом. Серия реформ (причём некоторые из них были приняты самим Конституционным советом, а некоторые — конституционным законодателем) привела к тому, что он получил возможность рассматривать конфликты, связанные не только с распределением власти между законодательной и исполнительной ветвями, но и с правами человека; инициированные не только правящим большинством, но и оппозицией; в процедурах не только предварительного, но и последующего (хотя только конкретного) нормоконтроля. Сравнение судебного контроля, существующего в западных странах, и контроля, осуществляемого фран-

⁶⁶ В действительности, внимание к истории в сравнительных исследованиях не означает автоматического отказа от создания правовых институтов путём «размышления и выбора», выходящего за рамки предопределённости. В качестве примера часто приводятся статьи «Федералиста», но на самом деле процесс создания многих конституций подтверждает ту же идею. См.: *Tushnet M. Comparative Constitutional Law // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. P. 1225–1258, 1226.*

⁶⁷ *Favoreu L., Philippe X. La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-18.17365.html> (дата обращения: 08.10.2017).*

⁶⁸ См.: *Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности / пер. с фр. С. В. Боботова, Д. И. Васильева; под ред. и со вступ. ст. С. В. Боботова. М.: Прогресс: Универс, 1993. С. 71–75, 141–142.* Автор особенно подчёркивает, что изначально Совет отклонял любую возможность поставить нормативный акт под сомнение после его промульгации (хотя позднее и допустил некоторые исключения).

⁶⁹ По словам некоторых французских авторов, революционеры 1789 года, без сомнения, учитывали опыт противостояния судов прежнего режима королевской власти и потому, оказавшись у власти, урезали их полномочия насколько могли, чтобы лишить суды политического влияния. Эта линия прослеживается, начиная от законов от 16 и 24 августа 1790 года и до принятия Конституции 1958 года. См.: *Droit constitutionnel / coord. L. Favoreu. P. 361.*

цузским Советом, а также сравнение последнего с органами, созданными по его образцу в ряде стран Азии и Африки, с учётом истории их функционирования позволяет прийти к значимым выводам относительно возможностей конституционного правосудия в ситуации стремления к обеспечению высшей юридической силы конституции и в ситуации нацеленности на имитационные механизмы, неспособные замаскировать слабость противостояния авторитарным политическим силам, злоупотребляющим конституцией⁷⁰.

Политическая наука. Вопрос о соотношении науки конституционного права и политологии породил целый спектр мнений — от стремления полностью освободить первую от второй⁷¹ и до утверждений о проблематичности разграничения их предмета⁷²; тот же вопрос (с тем же разбросом ответов) оказался перенесён и на уровень сравнительного конституционного права и сравнительной политологии. Заслуживающими особого внимания представляются исследования, в которых этот вопрос решается исходя из соотношения предмета регулирования конституционного права как отрасли с политикой и политическими институтами⁷³. Для наших целей принципиален тот момент, что конституционное право и политика взаимодействуют в двух основных направлениях. «С одной стороны, конституционное право во многом формализует политику в своих нормах, придавая ей правовой характер. С другой стороны, политика существенно влияет на содержание конституционно-правовых норм»⁷⁴.

По своей сущности, содержанию и функциональному предназначению конституции находятся на пересечении права и политики. Изучение в рамках конституционного права только правовых феноменов без должного основания устраняет из исследования целый пласт явлений из области политики, в действительности стоящих за конституцией. Кроме того, появление, реализация и развитие целого ряда конституционно-правовых норм не может быть корректно истолковано, объяснено и оценено без представления о политических силах, отношениях и действиях, пусть даже и в той их части, которая напрямую конституционным правом не урегулирована. Представляется, что проведение сравнения конституционно-правовых институтов не во всех, но в большинстве случаев требует учёта политических факторов, обычно находящихся в поле зрения политологии. Это актуализирует расширение объектов сравнительных конституционно-правовых исследований за счёт теоретических и практических положений политической науки, уделяющей внимание конституционной политике, то есть власти и практикам политических элит и институций в соотношении с конституционным дизайном, интерпретацией, поправками, замещением, транзитом и конфликтами, с использованием особых методов (анализ групп интересов, количественные и качественные эмпирические методы и т. д.)⁷⁵. В науке прозвучал призыв если не к ликвидации, то «понижению» стены между конституционным правом и политологией путём включения обеих дисциплин в сравнительные конституционные исследования⁷⁶.

Рассмотрим в качестве примера явно «политически чувствительный» вопрос порядка и пределов реализации учредительной власти, в частности в процессе внесения поправок в конституцию. Существует целый ряд возможных вариантов усложнения процедур, призванных гарантировать стабильность основного закона, однако формирование конкретного «набора», а также решение вопроса о дополнении формальных ограничений содержательными (указанием на «неизменные»

⁷⁰ См.: Данилова Н. В. Французская модель конституционной юстиции и её рецепция государствами Африки и Азии : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

⁷¹ См.: Kelsen H. Introduction to the problems of legal theory: A Translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* [1934]. Oxford : Clarendon Press, 2002. P. 7–8.

⁷² См.: Tushnet M. Op. cit. P. 1228.

⁷³ См., например: Дюверже М. Политические институты и конституционное право // Антология мировой политической мысли : в 5 т. Т. 2: Зарубежная политическая мысль, XX в. М. : Мысль, 1997. С. 644–655; Конституционное право. Общая часть / под ред. Н. А. Богдановой. С. 38.

⁷⁴ Кондратьева М. А. Конституционное право и политика в Российской Федерации: соотношение в сфере регулирования и конституционного контроля : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 12.

⁷⁵ См.: Gardbaum S. Op. cit.

⁷⁶ См.: Hirschl R. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford : Oxford University Press, 2015. P. 13–14.

положения) не может происходить в отсутствие представления о «действительном соотношении политических сил». Так, хорошо известным и распространённым является требование квалифицированного большинства в парламенте; оно предполагает, что текущее правящее большинство не сможет менять основной закон по своему усмотрению, а только при условии достижения согласия с оппозиционным меньшинством; затруднение такого рода — это вопрос не только стабильности конституции и всей правовой системы, но и общественного согласия по поводу их изменения и, в конечном счёте, легитимности. Однако на практике судить о том, будут ли достигнуты обозначенные цели, можно только с учётом распределения мандатов в парламенте. Известны случаи, когда так называемое конституционное большинство в парламенте получала одна партия или коалиция (в том числе в результате искажений, привносимых избирательной системой), незамедлительно принимавшаяся за изменение конституции в отсутствие поиска компромиссов и общественного обсуждения⁷⁷. При сохранении базовой конституционно-правовой гарантии в виде требования квалифицированного большинства в такой ситуации о защите конституции речь уже не идёт. Иными словами, рассмотрение соответствующих конституционно-правовых институтов в сравнительной перспективе под углом зрения их действия в различных конкретных политических условиях способно серьёзно скорректировать представление о значении самих институтов, их уместности в системе конституционного регулирования, необходимости уточнения или дополнения, с тем чтобы они не становились объектом манипулирования со стороны политических сил.

Экономика. Идея установления глобальной связи права и экономики не нова. Заметим только, что при указании на неё в науке были озвучены позиции: начиная с теории

производности надстроечных правовых явлений от базисных экономических и до теории правовых основ (*legal origins theory*), в соответствии с которой экономическое развитие, напротив, определяется типом и особенностями правовой системы, институтами и направлениями государственной политики. Соответствующие крайности (не сами идеи, а попытки выделить однонаправленные причинные связи) довольно быстро столкнулись с серьёзной критикой⁷⁸; позднее, при попытках сочетания макроэкономических и макрокомпаративных подходов, связывающих вопросы экономического развития государств с принадлежностью их к определённой правовой семье, методологические проблемы стали особенно заметны; оказалось достаточно проблематичным обоснование причинно-следственных связей на таком уровне⁷⁹.

Целый ряд работ в науке посвящён также экономическому анализу права на микроуровне. Здесь ключевая идея состоит в том, что определённые нормы влекут за собой определённое поведение рационально функционирующих субъектов, стремящихся максимизировать свою пользу. При этом дескриптивный (позитивный) анализ нацелен на предсказание такого поведения и, соответственно, может действовать как инструмент выбора норм, позволяющих достичь желательных целей, а прескриптивный (нормативный) анализ базируется на дополнительном предположении о

⁷⁸ См., например: *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М.: М. и С. Сабашиниковы, 1916. С. 134; *Klerman D., Mahoney P.G.* Legal Origins? // *Journal of Comparative Economics*. Vol. 35. 2007. No. 2. P. 278–293, 278.

⁷⁹ Определённые события, в том числе революционная смена строя (и типа правовой системы) на социалистический или переход от социализма к капитализму, служат своего рода триггером соответствующих теоретических построений. Затруднительно было бы отрицать роль экономических причин в создании революционных ситуаций или значение целого ряда конституционно-правовых институтов (закрепляющих формы собственности, принципы экономической деятельности, роль государства в экономике и т. д.) для определения типа экономической системы и даже перспектив её функционирования. Тем не менее в литературе обоснованно подчёркиваются риски подмены понятий и неправильного представления концепций при попытке делать экономико-ориентированные обобщения в рамках макросравнений. См.: *Husa J.* Op. cit.

⁷⁷ См., например, о ситуации в Венгрии: *Арато Э.* (Контр)революция урны для голосования Орбана — как она стала возможна // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2011. № 3(82). С. 13–20; *Кюнпер Г.* Конституционное развитие в Венгрии в 2011–2013 годах: конец демократии всё ещё за горами, но горы стали чуть ниже // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2013. № 5(96). С. 44–66.

том, что правовые нормы призваны способствовать эффективному использованию ресурсов и поэтому должны строиться таким образом, чтобы при ограниченных ресурсах было удовлетворено как можно больше потребностей⁸⁰. Конечно, обозначенные подходы также сталкивались с необходимостью уточнения, в том числе критериев рационального поведения⁸¹ или критериев оптимальности распределения ресурсов⁸², равно как и с некоторыми возражениями, в частности упреками в чрезмерном упрощении правовых феноменов и их последствий, в то время как последние не могут быть объяснены только с позиций «издержек» и «выгоды»⁸³. Вызываемой критикой невозможно пренебречь с позиций конституционного права, поскольку оно заметным образом связано с ценностями, обеспечение которых в ряде случаев не должно определяться соображениями экономической эффективности. Однако важно подчеркнуть, что экономический анализ права и не претендует на всеохватывающее воспроизведение правовой реальности, а лишь на обобщение некоторых её сторон, связывая средства (правовые институты) и цели (благополучие отдельных индивидов, групп и общества в целом, обеспечиваемое в разных сферах жизни) и вдобавок до некоторой степени стремясь учитывать не вполне очевидные эффекты принимаемых решений, в том числе такие значимые для индивидов процессы и результаты, которые было бы затруднительно представить в стоимостном выражении. Кроме того, экономическая теория в действительности не завязана на вопросы исключительно эффективности; она «плодотворно применялась в других областях — при обсуждении вопросов справедливости (равенства), распределения и политики»⁸⁴. По этим причинам для конституционного права экономический подход может оставаться уместен, по крайней мере как один из существую-

щих. Экономический анализ тем более может быть полезен в сравнительно-правовых исследованиях, особенно если принять во внимание его потенциал объяснения выявленных в ходе такого исследования общих и особенных черт права в разных странах (создаваемого для максимизации известным образом понимаемой пользы). Принимаемые правоприменительные решения, естественно, направлены на получение определённых эффектов; выявление этих эффектов, предсказание и оценка успешности их достижения — задача, при выполнении которой экономический анализ может многое дать для понимания логики и смыслов права. Да и собственно финансовой стороной выстраивания моделей конституционно-правового регулирования, а также заимствования институтов не всегда можно пренебречь, даже если она не является ни единственной, ни основной из числа принимаемых в расчёт⁸⁵.

Наиболее явным примером пользы (и одновременно пределов применения в конституционном праве) экономического анализа могут служить дела, связанные с распределением материальных благ с целью обеспечения социальной поддержки. При только что не совпадающих дословно формулировках некоторых конституционных норм реальная ситуация в сфере, требующей перераспределения материальных благ, различается в странах мира значительным образом. Одни лишь нормы конституции не могут дать объяснение этому, что находит отражение и в судебных решениях. Так, в одном из получивших известность дел, рассмотренных Конституционным судом ЮАР (государства, находящегося в крайне стеснённых экономических условиях), речь шла о правилах оказания медицинской помощи⁸⁶. Заявитель 41 года, страдавший от тяжёлой формы хронической почечной недостаточности, нуждался в регулярном гемодиализе. Однако государственная больница, куда он обратился, испытывала нехват-

⁸⁰ См.: *Faust F.* Op. cit. P.839, 842.

⁸¹ См.: *Posner R. A.* *Economic Analysis of Law.* 6th ed. New York : Aspen Publishers, 2003. P. 1.

⁸² См.: *Cooter R., Ulen Th.* *Law and Economics.* 4th ed. Boston, MA : Pearson Addison Wesley, 2004. P. 50.

⁸³ См.: *Вельяновски Ц. Г.* Экономический подход к праву: критическое вступление. URL: http://www.nsu.ru/nif/people_1/016.pdf (дата обращения: 08.10.2017).

⁸⁴ Там же.

⁸⁵ Кроме того, экономические соображения могут учитываться при выборе из альтернатив, одинаково приемлемых по иным соображениям. См.: *Mattei U.* *Comparative Law and Economics.* Ann Arbor, MI : University of Michigan Press, 1997. P. 10.

⁸⁶ См.: *Soobramoney v. Minister of Health* (Kwazulu-Natal). URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html> (дата обращения: 08.10.2017).

ку аппаратов «искусственная почка» и могла оказывать помощь только ограниченному числу пациентов. Из-за нехватки ресурсов в больнице был выработан комплекс правил предоставления помощи: автоматический доступ к диализу получали лишь пациенты с острой почечной недостаточностью, а пациенты, страдающие хронической формой болезни, имели преимущество в случае показанной им трансплантации почек⁸⁷. Поскольку в отношении заявителя из-за других его заболеваний трансплантация не планировалась и его имя оставалось в конце очереди на бесплатный диализ, он обжаловал такой порядок в Конституционном суде, ссылаясь на статьи Конституции, закрепляющие право на жизнь и услуги здравоохранения. Суд отверг требования заявителя, обратив внимание на конституционную формулу об обеспечении услуг здравоохранения «в пределах доступных ресурсов» и указав, что «при использовании имеющихся в наличии аппаратов “искусственной почки” в соответствии с [разработанными больницей] правилами, больше пациентов получают лечение, чем если бы эти аппараты использовались для сохранения жизни лицам с хронической почечной недостаточностью, и результат лечения также выглядит более удовлетворительным, потому что оно направлено на выздоровление пациентов, не просто на поддержание их в хроническом состоянии. Никто не делал заявления, что эти правила неразумны или что они не применялись справедливо и рационально...». Данное решение хорошо показывает специфику защиты социальных прав (даже в том случае, когда они явно связаны с таким личным правом, как право на жизнь), обусловленную финансовой затратностью и конкурентными условиями реализации этих прав. По сути, в решении сначала больницы, затем и Конституционного суда была выбрана помощь большему числу лиц в рамках имею-

щихся ресурсов, что, по-видимому, соответствует критерию Калдора-Хикса⁸⁸. Однако отметим и прозвучавшие в решении Суда требования справедливости и равенства, акцент на которые был ещё усилен в некоторых совпадающих мнениях. Правила больницы, устанавливающие не отказ в оказании помощи, а определённую её очередность, рассматривались как средство распределения ресурсов, необходимого, в свою очередь, для «наиболее справедливой и эффективной» реализации прав при стремлении к таким ценностям конституционного порядка, как человеческое достоинство, свобода и равенство. Если бы эти ценности были сочтены нарушенными, одна только экономическая эффективность не позволила бы считать положение соответствующим конституции. С другой стороны, в отсутствие соображений экономической эффективности может оказаться проблематично понять, каким образом в том или ином государстве функционируют конституционно-правовые механизмы защиты социальных прав, социальной справедливости, перераспределения и т. д.

5. Польза междисциплинарности: суммарные выводы

Очевидно, что при установлении содержательных пределов исследования права с неизбежностью требует внимания вопрос о том, в чём мы видим право (его «отражения», «слепки», информационно доступные для нашего восприятия): в текстах, отношениях,

⁸⁷ Как указывается в тексте решения, в случае острой почечной недостаточности диализ, если он помогает в лечении, необходим на период времени от четырёх до шести недель. В случае хронической почечной недостаточности, когда планируется трансплантация почек, диализ проводится вплоть до подбора донорского органа и пересадки. Иными словами, и в том и в другом случае речь идёт о конечном времени использования аппарата «искусственная почка».

⁸⁸ В соответствии с этим критерием переход в другое экономическое состояние оправдан, если выигрыш улучшившей своё положение стороны превышает проигрыш стороны, ухудшившей положение, и «в принципе существует такое перераспределение, в результате которого выигравшая сторона, как минимум, полностью компенсирует потери проигравшей стороне и тем не менее остаётся в выигрыше по сравнению с исходным положением». См.: Лекция 43. Эффективность и справедливость. URL: <http://50.economicus.ru/index.php?ch=5&le=43&r=1&z=0> (дата обращения: 08.10.2017). Важно, что в рамках критерия перераспределение для компенсации проигравшей стороне теоретически возможно, а не должно обязательно случиться на практике (в приведённом случае лица, оказавшиеся в очереди раньше и получившие диализ бесплатно, могли бы передать заявителю часть сэкономленной суммы, дав ему возможность пройти курс в частной клинике).

действиях или ментальности. Тем не менее для сравнительно-правовых исследований острота противоречий между юридическим позитивизмом и социологическим направлением, по-видимому, может быть несколько снижена. При сравнении конституционно-правовых институтов ни в каком случае не происходит пренебрежения нормативной составляющей. Одновременно обращение к иностранным нормам для целей их понимания предполагает учёт различных факторов, даже если эти факторы рассматриваются не как часть права в строгом смысле слова, но как часть контекста существования и действия права, серьёзным образом влияющая на его конфигурацию. Конституционное право существует не в вакууме, а в определённой политической, экономической, социальной, в широком смысле — культурной среде, определяется ею, но также имеет способность влиять на неё. Какое бы направление влияния мы ни взяли (культурной среды на право или права на культурную среду), специфика сравнительного исследования требует выхода за узкие рамки «буквы закона». Вместе с тем с методологических позиций важно, чтобы в каждом конкретном исследовании идея обращения к «смежным» соображениям была от-refлексирована, а польза такого обращения была ясна, по крайней мере в категориях цели и задач исследования.

Данная позиция представляет собой своего рода связующее звено между установлением закономерностей развития конституционного права как отрасли и установлением закономерностей познания этой отрасли в рамках науки конституционного права. Речь идёт не просто о совокупности методов, но также об организации и регулировании процесса познания в русле постмодернистской парадигмы, предполагающей по крайней мере два принципиальных момента.

Первый связан с выделением в рамках постнеклассической рациональности саморазвивающихся систем, для которых характерен переход от одного вида саморегуляции к другому. Поскольку причинность здесь связывается с перспективами таких переходов, неудивительно, что внимание исследователей должно быть сосредоточено на факторах, определяющих направление развития. Междисциплинарность становится неотъемлемой частью исследований, ассоциирующих пред-

мет и объекты изучения со сложными системами, не только саморегулирующимися, но и саморазвивающимися. В науке конституционного права выход за рамки строго нормативистских конструкций диктуется не произвольным усмотрением, а стремлением к формированию объёмной многомерной картины развития конституционно-правовой реальности, создаваемой и функционирующей под воздействием ряда факторов. Можно было бы сказать, что конституционное право как отрасль, будучи как раз такой сложной системой, постоянно, в каждый момент времени находится в поле напряжения, создаваемого силовыми линиями эволюции общественных отношений и столкновения социальных сил; по этой причине со стороны науки конституционного права было бы странно пренебрегать этими линиями, игнорируя факторы появления, смыслы существования и стратегии совершенствования конституционно-правовых норм.

Второй момент связан с тем, что в рамках постнеклассической научной картины познающий субъект и ценностно-целевые структуры включаются в изучаемую систему (объект), влияя на её развитие в определённом направлении. Такое понимание системы (в которой субъект не только познаёт, но и реорганизует изучаемый объект) самым существенным образом затрагивает вопросы методологии, актуализируя замену идеала ценностно-нейтрального исследования на идеал включения аксиологических факторов в теоретические построения⁸⁹. Соответствующие соображения имеют значение для всех наук, но для социальных наук, чувствительных к вопросам долженствования, они особенно значимы. Взаимодействие эпистемологических и ценностных аспектов познания способствует отходу от строго описательных конструкций в науке и переносу центра тяжести на теории, включающие объяснение, оценку объектов и обоснование необходимости их развития в заданном русле при данном целеполагании. Как было показано в статье, знания об объектах, обычно находящихся в поле зрения неюридических наук, имеют существенный по-

⁸⁹ См.: *Степин В. С.* Теоретическое знание: Структура, историческая эволюция. М.: Прогресс-Традиция, 2003. С. 631.

тенциал объяснения и оценки конституционно-правовых явлений; кроме того, эти науки, по крайней мере в ряде случаев, делают акценты на определённым образом понятых социальных идеалах, способных сделать вклад в постижение сложной картины конституционного права в рамках постмодернистских конструкций.

По сумме приведённых соображений становятся объяснимы выводы о расширении рамок сравнительных конституционно-правовых исследований. Но нужно более чётко обозначить, чего именно касается расширение. Упоминание исторических, политологических, социологических и иных «подходов» к правовым исследованиям, как представляется, до некоторой степени маскирует суть дела, которая в действительности состоит в том, что в сферу внимания конституционалиста включаются дополнительные объекты, изучаемые «смежными» науками⁹⁰. Неудивительно, что для изучения их он использует и соответствующие методы этих наук. Так, изучение правового института с исторических или политологических позиций означает не просто то, что собственно действующие нормы права изучаются как-то по-новому, но, скорее, то, что, кроме самих норм, изучаются также обстоятельства и ход их создания, особенности функционирования релевантных политических институтов и т. д. Для исследователей права в таком подходе нет противоречия. Если признать, что предмет изучения — это то, на что направлена мысль, а объекты — то, что наука изучает, познавая свой предмет⁹¹, то вся суть междисциплинарности заключается в том, что на стыке наук формируется новое, более полное знание о предмете исследования путём расширения круга изучаемых объектов.

При этом, как показывает практика исследований, парадоксальным образом обращение к контексту действия права не загоняет учёных в жёсткие рамки детерминизма. По-

нимание взаимосвязей права с иными социальными явлениями в сравнительной перспективе само по себе не препятствует ни построению общетеоретических концепций конституционного права, ни созданию моделей функционирования конкретных институтов в разных системах на практике, ни даже некоторым возможностям заимствования институтов или идей. В конституционном праве есть более или менее «чувствительные» к контексту вопросы, но оно в любом случае представляет собой не только результат, но также инструмент создания и преобразования национальной идентичности, не только итог, но и механизм организации и ограничения власти, что оставляет научному сравнительному конституционно-правовому исследованию возможности решения теоретических и практических задач. Учёт наукой конституционного права разнонаправленных векторов развития отношений между личностью, обществом и государством не противоречит, а способствует созданию рациональных принципов, регулирующих как процессы познания этих отношений, так и процессы правового воздействия на них.

Конечно, приведённые в данной статье примеры пользы междисциплинарных подходов не должны вводить в заблуждение относительно лёгкости их применения. В действительности за каждым из обсуждённых «пересечений» наук находятся колоссальные пласты положительного знания и методологических вопросов, не говоря уже о том, что актуальными остаются проблемы привлечения к правовым исследованиям и других наук — философии права, антропологии, психологии, религиоведения, лингвистики и т. д. Кроме того, следует учитывать взаимосвязи между различными областями знания, показывающие, что в ряде случаев речь идёт о целом спектре соображений, направленных на построение действительно многомерной картины права.

В литературе получила распространение идея о том, что на вопрос о подключении к правовым исследованиям иных научных дисциплин и их методов следует отвечать, исходя из логики изучаемых объектов⁹². Однако в

⁹⁰ Даже выраженная в столь определённом виде, идея не нова. «Одним из наиболее важных средств решения задач, стоящих перед государствоведением, является расширение объекта исследования и совершенствование применяемых методов» (*Биндер М. А. Об объекте и методах государствоведческих исследований // Актуальные теоретические проблемы развития государственного права и советского строительства. М. : Ин-т государства и права, 1976. С. 213–215, 213*).

⁹¹ См.: *Богданова Н. А. Указ. соч. С. 7–10*.

⁹² «Логика объекта детерминирует логику научного подхода» (*Стефанов Н. Теория и метод в общественных науках. М. : Прогресс, 1967. С. 149*).

подобных утверждениях таится своего рода замкнутый круг. Даже если представить, что изучаемым объектам присуща некая имманентная логика, чтобы понимать её, об этих объектах уже надо иметь какое-то представление, а это возвращает нас к вопросу о том, каким образом мы будем получать это представление. Складывается ощущение, что здесь трудно исключить предзаданные конструкции, определяемые, например, мировоззренческими позициями конкретного исследователя. Однако даже такое (в сущности, достаточно пессимистичное с позиций развития методологии науки) допущение не отменяет идеи о том, что процесс исследования должен оставаться контролируемым, а рамки привлечения тех или иных дополнительных «областей» должны быть обоснованы и могут быть скорректированы в процессе исследования. При таком подходе не только содержательные, но и методологические наработки иных общественных наук, далеко продвинувшихся на пути сравнения, могут принести много пользы сравнительно-правовым исследованиям.

Акцентируем значение междисциплинарного подхода не просто в правовых, а именно в сравнительно-правовых исследованиях: этот подход даёт здесь эффекты (труднореализуемого в конституционном праве) эксперимента, хотя и не служит ему полноценной заменой. Но он же актуализирует проблемы сравнимости объектов и вдумчивой разработки гипотез о причинах появления и предназначении тех или иных правовых институтов, с тем чтобы последним не приписывалось черт, никогда не игравших роли и не имевшихся в виду их создателями.

Всё это подводит нас к мысли о том, что сравнительное исследование в конституционном праве — задача, обязывающая ко многому. При его изучении всякий угол зрения может быть учтён, но никакой не должен быть абсолютизирован. В сущности, речь идёт о выборе инструментов, подходящих для решения определённых задач, о разных уровнях обобщения правовой материи, о различных путях совершенствования общественного порядка. Внимательное отношение к объектам и методам науки конституционного права обеспечивает её высокий эвристический потенциал.

Библиографическое описание:

Троицкая А. Междисциплинарность в сравнительном конституционно-правовом исследовании // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 5 (120). С. 57–77.

Interdisciplinary approach in comparative constitutional research

Alexandra Troitskaya

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, Associate Professor, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia (e-mail: stephany@mail.ru).

Abstract

The comparative method in the field of constitutional law enjoys deserved success. However, at the same time it raises a number of important methodological questions. One of these questions is connected to the boundaries of comparative constitutional research, as determined by a more or less careful treatment of the involvement of theoretical constructions and research practices utilized by other disciplines. At least in the Russian scientific community there is a rather wide range of positions on this issue, ranging from the recognition of all genuinely scientific knowledge as interdisciplinary in nature, to the desire to limit oneself within the framework of legal disciplines, and to the study of strictly legal phenomena. It is between these “extremes” that the middle positions can be found that allow for interdisciplinary approaches, albeit with some prudence. On the basis of a comparison of the corresponding positions found in this article, considerations will be presented regarding the admissibility and desirability of the interdisciplinary approach in general, as well as the specific benefits that various disciplines, including the sociology of law, history of law, political science, and the economic analysis of law, can bring to comparative constitutional law in particular. The possibility and effectiveness of involving additional “visual angles” will be demonstrated using examples from various constitutional institutions. The conclusions reached in this article can be relevant to the constitutional law of any state taken separately, but are especially important for the field of comparative law, which involves working with several legal systems operating in different cultural contexts.

Keywords

comparative method; methodology of constitutional research; interdisciplinary approach; history of law; sociology of law; political science; economic analysis of law.

Citation

Troitskaya A. (2017) *Mezhdistsiplinarnost' v sravnitel'nom konstitutsionno-pravovom issledovanii* [Interdisciplinary approach in comparative constitutional research]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 5, pp. 57–77. (In Russian).

References

- Arato A. (2011) *(Kontr)revolyutsiya urny dlya golosovaniya Orbana — kak ona stala vozmozhna* [Orban's (Counter) Revolution of the Voting Booth and How it was Made Possible]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 3, pp. 13–20. (In Russian).
- Bekhruz Kh. (2008) *Sravnitel'noe pravovedenie* [Comparative jurisprudence], Odessa: Feniks; Moscow: Translit.

- Bell J. (2002) Comparing Public Law. In: Harding A., Öriüsü E. (eds.) *Comparative Law in the 21st Century*, London: Kluwer Law International, pp. 235–247.
- Binder M. A. (1976) Ob ob'ekte i metodakh gosudarstvovedcheskikh issledovaniy [On the object and methods of governmental research]. In: *Aktual'nye teoreticheskie problemy razvitiya gosudarstvennogo prava i sovet'skogo stroitel'stva* [Actual theoretical problems of the development of state law and Soviet construction], Moscow: Institute of State and Law, pp. 213–215.
- Bogdanova N. A. (2001) *Sistema nauki konstitutsionnogo prava* [System of science of constitutional law], Moscow: Yurist. (In Russian).
- Bogdanova N. A. (2017) *Konstitutsionnoe pravo. Obshchaya chast'* [Constitutional law. Common approaches], Moscow: Zertsalo. (In Russian).
- Cooter R., Ulen Th. (2004) *Law and Economics*, 4th ed., Boston, MA: Pearson Addison Wesley.
- Cotterrell R. (2012) Comparative Sociology of Law. In: Clark D. S. (ed.) *Comparative Law and Society*, Cheltenham; Northampton, MA: Edward Elgar, pp. 39–60.
- Curran V. G. (1998) Cultural Immersion, Difference and Categories in US Comparative Law. *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, no. 1, pp. 43–92.
- Curran V. G. (2009) Comparative Law and Legal Origin Thesis: "Non scholae sed vitae discimus". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, no. 4, pp. 863–876.
- Dozhdev D. V. (ed.) (2008) *Rossiyskiy yezhegodnik sravnitel'nogo prava, 2007* [Russian yearbook of comparative law, 2007], Saint Petersburg: Yuridicheskaya kniga. (In Russian).
- Dozhikov A. (2016) Tolkovanie konstitutsionnykh prav [Interpretation of constitutional rights]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 4, pp. 125–151. (In Russian).
- Drobning U. (1971) Methods of Sociological Research in Comparative Law. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 35, no. 3, pp. 496–504.
- Faust F. (2008) Comparative Law and Economic Analysis of Law. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 837–865.
- Favoreu L. (2004) *Droit constitutionnel*, 7th ed., Paris: Dalloz.
- Gardbaum S. (2017) How Do and Should We Compare Constitutional Law. In: Besson S., Heckendorn L., Jubé S. (eds.) *Comparing Comparative Law*, Zurich: Schulthess, pp. 109–126.
- Gerber D. J. (2001) Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language. In: Riles A. (ed.) *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford; Portland, OR: Hart Publishing.
- Glukhareva L. I. (2009) Ob'ekt i predmet yuridicheskogo issledovaniya [Object and subject of legal research]. *Istoriya gosudarstva i prava*, no. 15, pp. 40–43. (In Russian).
- Goldthorpe J. H. (2000) *On Sociology: Numbers, Narratives, and the Integration of Research and Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- Graziadei M. (2003) The Functionalist Heritage. In: Legrand P., Munday R. (eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 100–130.
- Hadfield G. K. (2009) The Strategy of Methodology: The Virtues of Being Reductionist for Comparative Law. *The University of Toronto Law Journal*, vol. 59, no. 2, pp. 223–236.
- Hage J. (2014) Comparative Law as Method and the Method of Comparative Law. In: Adams M., Heirbaut D. (eds.) *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, pp. 37–52.
- Harding A., Leyland P. (2007) Comparative Law in Constitutional Context. In: Öriüsü E., Nelken D. (eds.) *Comparative Law: A Handbook*. Portland, OR: Hart Publishing, pp. 313–338.
- Hirschl R. (2013) From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, no. 1, pp. 1–12.
- Hirschl R. (2015) *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Husa J. (2014) Interdisciplinary Comparative Law – Between Scilla and Charybdis? *The Journal of Comparative Law*, vol. 9, no. 2, pp. 28–42.
- Jackson V. C. (2012) Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: Rosenfeld M., Sajó A. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 54–74.
- Jansen N. (2008) Comparative Law and Comparative Knowledge. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 305–337.
- Kelsen H. (2002) *Introduction to the problems of legal theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law [1934]*, Oxford: Clarendon Press.
- Kistyakovskiy B. A. (1916) *Sotsialnyye nauki i pravo: Ocherki po metodologii sotsialnykh nauk i obshchey teorii prava* [Social sciences and law: Essays on the methodology of social sciences and general theory of law], Moscow: M. and S. Sabashnikov. (In Russian).
- Klerman D., Mahoney P. G. (2007) Legal Origins? *Journal of Comparative Economics*, vol. 35, no. 2, pp. 278–293.
- Krasnov M. A. (2014) "Konstitutsionnyye strakhi" ["Constitutional Fears"]. *Konstitutsionnoye i munitsipal'noe pravo*, no. 6, pp. 3–11. (In Russian).
- Kyupper G. (2013) Konstitutsionnoe razvitiye v Vengrii v 2011–2013 godakh: konets demokratii vsyo eshchyo za gorami, no gory stali chut' nizhe [Küpper H. Constitutional development in Hungary in 2011–2013: the end of democracy is still for the mountains, but the mountains become below]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 5, pp. 44–66. (In Russian).
- Lazarev V. V., Lipen' S. V. (2016) *Istoriya i metodologiya yuridicheskoy nauki* [History and methodology of legal science], Moscow: Norma. (In Russian).
- Legrand P. (2006) *Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity*. *The Journal of Comparative Law*, vol. 1, no. 2, pp. 365–460.
- Leyland P. (2002) Opposition and Fragmentations: In Search of a Formula for Comparative Analysis. In: Harding A., Öriüsü E. (eds.) *Comparative Law in the 21st Century*, London: Kluwer Academic, pp. 211–233.
- Lyusher F. (1993) Konstitutsionnaya zashchita prav i svobod lichnosti [Constitutional protection of individual rights and freedoms], S. V. Bobotova, D. I. Vasilieva (transl.), S. V. Bobotova (ed.), Moscow: Progress; Univer. (In Russian).
- Mahoney J. (2004) Comparative-Historical Methodology. *Annual Review of Sociology*, vol. 30, pp. 81–101.
- Marchenko M. N. (2005) *Problemy teorii gosudarstva i prava* [Problems of the theory of state and law], Moscow: Prospect. (In Russian).
- Marchenko M. N. (ed.) (2015) *Sotsiologiya prava* [Sociology of law], Moscow: Prospect. (In Russian).
- Mattei U. (1997) *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

- Nelken D. (2002) Comparative Sociology of Law. In: Banakar R., Travers M. (eds.) *An Introduction to Law and Social Theory*, Portland, OR: Hart Publishing.
- Palmer V.V. (2005) From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, no. 1, pp. 261–290.
- Pilipenko A. N. (2015) Sravnitel'noe konstitutsionnoe i administrativnoe pravo: ot istokov do sovremennosti [Comparative constitutional and administrative law: from the beginnings to the present]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no. 5, pp. 746–751. (In Russian).
- Posner R. (2003) *Economic Analysis of Law*, 6th ed., New York: Aspen Publishers.
- Przeworski A. (1987) Methods of Cross-National Research, 1970–1983: An Overview. In: M. Dierkes, H. N. Weiler, A. B. Antal (eds.) *Comparative Policy Research: Learning from Experience*, Aldershot: Gower, pp. 31–49.
- Samuel G. (2014) *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford; Portland, OR: Hart Publishing.
- Scarciglia R. (2015) A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times. *Beijing Law Review*, vol. 6, no. 4, pp. 296–310.
- Shayo A. (2001) Samoogranichenie vlasti: Kratkiy kurs konstitutsionalizma [Sajó A. Limiting government: An introduction to constitutionalism], Moscow: Yurist. (In Russian).
- Slyshchenkov V. A. (2011) Metody sravnitel'nogo pravovedeniya: zamechaniya o kulturologicheskom podkhode k sravnitel'nomu pravu [Methods of comparative jurisprudence: remarks on the culturological approach to comparative law]. In: *Yezhegodnik sravnitel'nogo prava, 2011* [Yearbook of comparative law, 2011], Moscow: Statut. (In Russian).
- Stalev Zh. (1978) Sravnitel'nyy metod v sotsialisticheskoy pravovoy nauke [Comparative method in socialist legal science]. In: Tumanov V. A. (ed.) *Sravnitel'noe pravovedenie* [Comparative jurisprudence], Moscow: Progress, pp. 15–53. (In Russian).
- Stefanov N. (1967) *Teoriya i metod v obshchestvennykh naukakh* [Theory and method in the social sciences], Moscow: Progress. (In Russian).
- Stepin V. S. (2003) *Teoreticheskoe znanie: Struktura, istoricheskaya evolyutsiya* [Theoretical knowledge: Structure, historical evolution], Moscow: Progress-Traditsiya. (In Russian).
- Syrykh V. M. (2012) *Istoriya i metodologiya yuridicheskoy nauki* [History and methodology of legal science], Moscow: Norma: Infra-M. (In Russian).
- Tushnet M. (2008) Comparative Constitutional Law. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1225–1258.
- Whytock Ch. A. (2009) Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law. *Brigham Young University Law Review*, no. 6, pp. 1879–1906.
- Zakharova M. (2011) Istoriya razvitiya idey sravnitel'nogo pravovedeniya [History of development of ideas of comparative jurisprudence]. *Lex Russia*, no. 2, pp. 199–223. (In Russian).