

МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

На пути к глобальному конституционному генофонду

Черил Сондерс*

Цель этой статьи – разработать методологию сравнительного конституционного права так, чтобы учитывать мировой конституционный опыт более всесторонним образом. Эта разработка состоит из двух этапов. В первой части статьи я выделяю ключевые методологические задачи сравнительного конституционного права, опираясь на литературу по сравнительному праву и принимая во внимание особый статус конституционного права. Задачи, рассматриваемые здесь, – это дихотомия между схожестью и различием, подход к проблеме сравнения, таксономия, культурные влияния и плюрализм. Во втором разделе я рассматриваю влияние, оказанное на сравнительный конституционный метод условиями, в которых конституции функционируют в начале XXI века, включая интернационализацию, глобализацию и прогресс в информационных технологиях. В данной части работы я собираюсь показать, что, в то время как современность в значительной степени требует сближения (что имеет свои последствия для сравнительного метода), другие силы толкают в сторону различий и плюрализма, создавая новые методологические проблемы. В заключении статьи я выдвигаю ряд предложений в области методологии сравнительного конституционного права как платформы для будущих исследований и диалога.

→ *Глобальный конституционализм; конституционное право; сравнительное конституционное право; сравнительный метод; плюрализм; глобализация; интернационализация; методология сравнительных исследований*

DOI: 10.21128/1812-7126-2016-6-99-122

1. Введение

Целью этой работы является исследование возможности разработки дисциплины сравнительного конституционного права таким образом, чтобы она полностью охватывала всё разнообразие мирового конституционного опыта, тем самым максимально повышая возможности того, что можно назвать мировым конституционным генофондом.

При этом я буду исходить из двух допущений. Первое из них кажется достаточно очевидным для того, чтобы требовалось его обоснование: сама эта дисциплина в настоящее время не охватывает всего опыта. Значительная часть дискурса сравнительного конституционного права сосредоточена на стабильных конституционных системах Северной Америки и Европы и на опыте нескольких государств вне этих ареалов со сходным

* *Черил Сондерс* – заслуженный профессор Мельбурнского университета (e-mail: c.saunders@unimelb.edu.au). В основе этой статьи – доклад на пленарной сессии Третьего азиатского форума конституционного права в Школе права Национального университета Тайваня в сентябре 2009 года. С тех пор новые варианты этого доклада были представлены на Международном круглом столе по конституционному праву в Сеуле в ноябре 2009 года и на 21-й ежегодной конференции Центра сравнительных конституционных исследований Мельбурнской школы права в конце ноября 2009 года;

один из них, публикуемый ныне в нашем журнале, первоначально был напечатан в журнале Школы права Национального университета Тайваня, в которой и проходил форум: *Saunders Ch. Towards a Global Constitutional Gene Pool // National Taiwan University Law Review. 2009. Vol. 4. No. 3. P. 2–38.* Автор благодарит участников всех трёх конференций за сделанные замечания и выражает признательность за помощь в работе Службе правовых исследований Библиотеки юридической литературы Мельбурнской Школы права. Перевод с английского *Сичинавы Дмитрия Владимировича.*

устройством, основанных на сходных допущениях. Эти системы — родоначальницы многих современных концепций мирового конституционализма. Они сами по себе представляют собой чрезвычайно интересный предмет сравнительного исследования: динамичные, несмотря на относительную стабильность, и достаточно отличающиеся друг от друга, чтобы их сравнение было поучительным. Значительная часть наиболее влиятельных школ конституционного права происходит из этих регионов мира.

Одним из последствий сосредоточения науки на Северной Америке и Европе является то, что конституционное право и практика в других регионах мира, в которых находится большинство государств, не учитывается в мейнстриме сравнительного конституционного права и фактически маргинализируется. Маргинализация может принимать разные формы: игнорирование конституционного опыта определённых государств и регионов; фактическое приравнивание их к западным конституционным системам; превращение их изучения в удел специалистов, обладающих антропологическими или социологическими интересами или навыками. В большей или меньшей степени все другие регионы — Африка, Южная Америка, Скандинавия, Ближний Восток и тихоокеанский регион — затронуты той или иной из этих форм. Однако по отношению к Азии маргинализация регионального конституционного опыта приобретает особую форму. Азия — это один из наиболее неоднородных континентов, в том числе с точки зрения подходов как к праву, так и к государственному управлению. Кроме того, это часть света, в которой в последние годы имел место существенный прогресс в области демократизации и конституционализма, что привело к появлению значительной литературы и способствовало развитию региональных конституционных связей¹. При всём том Азия в сравнительных правовых и конституционных исследованиях обычно представлена в недостаточной мере². Даже несмотря на име-

ющиеся доказательства обратного, в сравнительном праве (и, соответственно, в науке сравнительного конституционного права) недавно обозначилась тенденция рассматривать правовые системы Азии как гомогенные³. Эта тенденция, судя по всему, является реакцией на кажущуюся сложность постижения глубины и своеобразности азиатской культуры, которая в этом контексте также имеет тенденцию восприниматься однородной⁴. Однако в Азии, как и повсюду, хотя и можно ожидать определённой степени культурной гомогенности, основанной на общем историческом и географическом опыте, имеются существенные культурные различия как между странами, так и внутри них. Эта работа не ограничена азиатской проблематикой, но написана с учётом задачи развития сравнительного подхода, который может быть применён и для Азии.

Второе допущение, которое я делаю для целей, поставленных перед настоящей работой, заключается в том, что по меньшей мере часть препятствий, мешающих по-настоя-

A. Harding, E. Öricü. The Hague : Kluwer Law International, 2002. P. 249–266, 251. См. также: *Twining W. Globalisation and Legal Theory*. Cambridge : Cambridge University Press, 2000. P. 185. В то же время Вернер Менски утверждает, что африканские и азиатские правовые системы следует изучать каждую саму по себе, как «неотъемлемую часть мирового правопорядка» (*Menski W. Comparative Law in a Global Context*. Cambridge : Cambridge University Press, 2006. P. 17).

³ См., например: *Zweigert K., Kötz H. An Introduction to Comparative Law*. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 1998, в которой «дальневосточные системы» определены как одна из восьми основных правовых систем мира. Ср.: *Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems // American Journal of Comparative Law*. Vol. 45. 1997. No. 1. P. 5–44, 8, 36. Таксономия, предлагаемая этим автором, совсем другая, она предназначена для охвата разных концепций права «в рамках мейнстрима сравнительного права, чтобы избежать их маргинализации в рамках ареальных [то есть региональных] исследований», но он тем не менее относит все правовые системы Азии к своей третьей категории «традиционного» права, которую приравнивает к «восточной правовой традиции».

⁴ См.: *Van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law // International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47. 1998. No. 3. P. 495–536, 502. В этой работе «азиатская культура» в целях сравнения описана как одна из трёх культурных семей.

¹ Примером может служить уже регулярно проводимый Азиатский форум конституционного права.

² Наблюдения над этим эффектом в связи с общим сравнительным правом см. в статье: *Harding A. Comparative Public Law: Some Lessons from South East Asia // Comparative Law in the 21st Century / ed. by*

шему глобальному подходу к сравнительному конституционному праву, носят методологический характер. Это и есть основной сюжет нашей статьи. По некоторым причинам — подробнее на них останавливаться не будем, пусть это и было бы поучительно само по себе, — не существует развернутой дискуссии о методе сравнительного конституционного права, хотя целый ряд исследователей внесли полезный индивидуальный вклад в эту область⁵. Напротив, по вопросу метода в общем сравнительном праве существует обширная литература, и эта тема является предметом масштабной дискуссии, а иногда и принципиальных несогласий между юристами-компаративистами⁶. В данной статье я буду использовать спор о методе в общем сравнительном правоведении как фон, хотя отмечу, что методологические прорывы в сравнительном конституционном праве могут также быть связанными с другими обществоведческими дисциплинами, включая сравнительную политологию⁷.

Моя аргументация в этой статье подразделяется на две основные части. В первой части я рассматриваю релевантность методологических проблем с точки зрения сравнительного конституционного права, намеченных в контексте общего сравнительного права, для того, чтобы лучше понять природу сложных задач, стоящих перед сравнением конституций.

⁵ См., например: *Tushnet M.* The Possibilities of Comparative Constitutional Law // *Yale Law Journal*. Vol. 108. 1999. No. 6. P. 1225–1309; *Frankenberg G.* Comparing Constitutions: Ideas, Ideals and Ideology: Toward a Layered Narrative // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 4. 2006. No. 3. P. 439–459; *Hirschl R.* The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 53. 2005. No. 1. P. 125–155; *Jackson V.C., Tushnet M.* Defining the Field of Comparative Constitutional Law. Westport, CT : Praeger, 2002; *Choudhry S.* The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge : Cambridge University Press, 2006; *Tushnet M.* Comparative Constitutional Law // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford : Oxford University Press, 2006. P. 1226–1257.

⁶ Представление о диапазоне этих разногласий даёт и недавно изданный оксфордский учебник, см.: *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. P. 5.

⁷ По этому вопросу см.: *The Oxford Handbook of Comparative Politics* / ed. by C. Boix, S. C. Stokes. Oxford : Oxford University Press, 2007.

И эта часть статьи открывается по необходимости кратким, обсуждением диапазона стандартных методологических проблем в сравнительном праве, а затем я выделяю основные характеристики конституционного права, которые могут повлиять на это сравнение, и оцениваю возникающие из них следствия. На этом этапе я рассматриваю конституционное право в традиционных терминах — как основу организации государственного управления во всё увеличивающемся числе государств вестфальской системы.

На втором этапе обсуждения речь пойдёт о влиянии современных условий на сущность и объём задач при сравнении конституционных положений. Как известно, эти условия включают явления интернационализации и глобализации, хотя к ним и не сводятся. Они способствуют, хотя и в разной мере, некоторой конвергенции конституций, как содержательной, так и формальной. В этой части статьи, однако, я выдвину и предположение о том, что по крайней мере некоторые современные тенденции также являются катализаторами расхождений. Если это верно, то сложностей сравнительного конституционного права в наши времена, возможно, не больше и не меньше, чем это было раньше, — они попросту другие.

В заключительной части статьи я связываю эти нити воедино, чтобы выдвинуть некоторые предложения, на которые может опереться более глобальная дисциплина сравнительного права. Некоторые из этих предложений и суждений пока что носят предварительный характер. И я буду рада замечаниям по поводу каждого из них.

2. Сравнительное конституционное право: отличается ли оно от смежных дисциплин?

2.1. Методологические проблемы сравнительного права

В литературе о сравнительном праве детально обсуждается ряд стандартных методологических и теоретических вопросов, которые потенциально применимы к сравнительному конституционному праву. Я перечислю пять из них. Хотя они рассматриваются по отдельности, очевидно, что они различным образом взаимосвязаны.

Первый из них — это вопрос о том, насколько обоснованно можно делать предположения о сходстве правовых систем или о различиях между ними для нужд науки сравнительного права⁸. Этот вопрос неотделим от любого компаративного проекта, хотя в предложениях о гармонизации права, которые, собственно, и привели к возникновению этой дисциплины, он поднимается в критическом ключе⁹. Как явствует из рассмотрения последствий гармонизации, трудность, связанная с дихотомией между сходством и различием, потенциально распространяется на ценности, лежащие в основе любой правовой системы, на принципы, воплощённые в ней, и на цели, которых она стремится достичь¹⁰. На этот вопрос у разных авторов имеются предельно разные точки зрения: от взглядов тех, кто готов признать, хотя и в разной степени, что имеется растущее существенное сходство между правовыми системами, до позиций тех, кто утверждает, что различия между ними глубоки, значительны и неустранимы и что любая конвергенция — это скорее нечто кажущееся, чем реальное явление¹¹.

Вторая методологическая проблема — это вопрос о том, в какой мере компаративисты могут гарантировать, что сравниваемые явления в различных правовых системах, на основании которых они пытаются делать выводы, действительно сопоставимы. Стандартный ответ сводится к технике функционализма, представляющей функцию сравниваемого яв-

ления как третий элемент сопоставления, *tertium comparationis*, на котором должно сосредоточиваться сравнение, и таким образом, можно избежать предсказуемой опасности возможности несовпадения разных способов осуществления сходных функций в разных обществах. Но поскольку функционализм вполне допускает, что некоторые функции осуществляются параллельно или что они всегда осуществляются правовыми, а не иными общественными институтами, он вступает в конфликт с дихотомией между сходством и различием¹². Функционализм может избежать этих очевидных провалов, но, вероятно, никогда не сможет учесть контекстуальные обстоятельства в достаточной мере, чтобы удовлетворить теоретиков, стоящих на позиции различия¹³.

Третий вопрос связан с таксономией, или классификацией. В данном контексте речь идёт о средствах, при помощи которых правовые системы мира могут быть сгруппированы для макросравнения, по крайней мере на начальных этапах проекта. Задача поиска надёжной и последовательной системы классификации осложняется разнообразием правовых систем мира, включая феномен «смешанных» правовых систем, а также последствиями продолжающегося процесса эволюции и «перекрёстного опыления», равно как и предпосылками, вытекающими из культурного контекста, подтверждающими действительность конкретных классификационных схем. Три основные конкурирующие классификации категоризируют правовые системы через отсылку к «правовым семьям», «правовым традициям» или «правовой культуре»¹⁴. Все их приверженцы признают, что до известной степени границы каждой категории не являются непроницаемыми. Но ни одна из них не даёт полностью удовлетворительного описания правовых систем мира, которое было бы полезно также и для нужд

⁸ О свойствах любых допущений см.: *Michaels R. The Functional Method of Comparative Law // The Oxford handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. P. 339–382, 369–372.*

⁹ О роли, которую сыграл в сравнительном правоведении конгресс Французского общества сравнительного законодательства (*Société française de législation comparée*), состоявшийся в Париже в 1900 году, см.: *Munday R. Accounting for an Encounter // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge : Cambridge University Press, 2003. P. 3–30, 3–8.*

¹⁰ См., например: *Gordley J. The Universalist Heritage // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. P. 31–45; Rosen L. Beyond Compare // Ibid. P. 493–510.*

¹¹ Пример обзорной работы учёного, придерживающегося последней точки зрения: *Legrand P. The Same and the Different // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. P. 240–311.*

¹² См.: *Dannemann G. Comparative Law: Study of Similarities or Differences? // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. P. 383–420, 388–391.*

¹³ См.: *Michaels R. Op. cit. P. 365.*

¹⁴ См.: *Zweigert K., Kötz H. Op. cit. P. 69–75.* См. также: *Glenn H. P. Legal Traditions of the World. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2007; Adapting Legal Cultures / ed. by D. Nelken, J. Feest. Portland, OR : Hart, 2001.*

классификации¹⁵. В рамках другого подхода, связанного с именем Уго Маттеи, правовые системы категоризируются по отношению к доминирующим «моделям» правовых влияний на профессиональные, политические или традиционные. При этом подходе под профессиональной правовой моделью понимается такая, в которой право и политика отделяются друг от друга и «в значительной степени секуляризированы»¹⁶. В политической модели они переплетены более тесно, в том смысле, что политический процесс стремится определять результат правового, а не наоборот¹⁷. В контексте традиционной модели права оно не отграничено от религиозной или философской традиции¹⁸. Я вернусь к этому подходу позже с целью определить, в какой мере эта схема, хотя и не в детальном её исполнении, может быть адаптирована к нуждам сравнительного конституционного права¹⁹.

Четвёртая проблема методологии сравнительного права касается культурных различий. Насколько они значимы? Могут ли их адекватно воспринять исследователи, наблюдающие явления «извне»? В какой мере играет роль то, что преимущества точки зрения «инсайдера», которую Легран выразительно характеризует как «образ мышления», «*mentalité*», компаративисту недоступны?²⁰ И что такое в данном контексте вообще представляет собой «культура»? В связи с последним вопросом надо отметить два момента. Во-первых, в литературе существует точка зрения, согласно которой роль играет именно правовая культура, или «*mentalité*» основных участников правовой системы²¹. Во-вто-

рых, недавно Роджер Коттерелл предложил разделить понятие культуры на четыре составляющие: убеждения и ценности; традиция (включающая исторический опыт); материальная культура (включающая уровни технологического и экономического развития); и «эмоциональные привязанности и неприятности»²². Коттерелл отмечает, что из-за связей между этими элементами полезно рассматривать более общие концепции культуры, а не изучать её составляющие изолированно друг от друга. Тем не менее это разделение полезно для решения проблемы, которую сам Коттерелл называет «попыткой собирать воду решетом»²³.

Последняя, пятая, проблема, которую здесь следует рассмотреть, — это феномен плюрализма. В рамках нашего исследования он привлекает наше внимание к тому факту, что многообразие правопорядков или нормативных порядков с фактическими правовыми последствиями может действовать в рамках одного государства и, таким образом, быть релевантным для целей сравнительно-правовых исследований²⁴. В некоторых случаях право этого государства указывает, какая норма должна превалировать в случае конфликта, хотя на практике результаты могут быть различными. В других случаях правопорядки, санкционированные государством, могут сосуществовать с другими неофициальными нормативными системами, которые могут быть ещё труднее для обнаружения²⁵. В любом случае в основе конкурирующих правопорядков могут лежать различные ценности и мотивации, которые и сами по себе могут находиться в конфликте²⁶. Явление плюрализма потенциально затрагивает все госу-

¹⁵ Полезный обзор и критика содержатся в работе: *Twinning W. General Jurisprudence*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009. P.67–87.

¹⁶ *Mattei U. Op. cit.* P.23.

¹⁷ См.: *Ibid.* P.28.

¹⁸ См.: *Ibid.* P.35.

¹⁹ Уго Маттеи, в общем виде, относит правовые системы Азии к «традиционным» моделям права, хотя и не без оговорок. См.: *Ibid.* P.36.

²⁰ См.: *Legrand P. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity // Journal of Comparative Law*. Vol. 1. 2008. No. 2. P.365–460. URL: <http://ssrn.com/abstract=1259920> (дата обращения: 17.12.2009).

²¹ Этот взгляд представлен в работе: *Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann*. P.709–738.

²² *Cotterrell R. Law and Culture: Inside and Beyond the Nation State // Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift*. Vol. 31. 2008. No. 4. P.23–36.

²³ *Ibid.*

²⁴ См. содержательное обсуждение у В. Менски: *Menski W. Op. cit.*

²⁵ Различие между этими двумя явлениями иногда отражается в терминах, соответственно, «слабый» и «сильный» плюрализм. См.: *Menski W. Op. cit.* P. 115–116 (обсуждение работ Дж. Гриффитса). См. также разграничение между «официальным» правом (включая как государственное, так и негосударственное) и «неофициальным» правом, разрабатываемое Масадзи Тоба и рассматриваемое в работе Вернера Менски. См.: *Ibid.* P. 119–128.

²⁶ Тоба называет их «постулатами» (*Ibid.* P. 125).

дарства, но имеет больше шансов оказаться значимым в обществах, где как западное право, так и западная концепция права наложились на иные формы правовой и социальной организации.

2.2. Различия между конституционным и частным правом

Значительная часть литературы по сравнительному праву не упоминает публичного права или, в крайнем случае, уделяет ему немного внимания. Отчасти это отражает пути исторического развития сравнительного права, которое возникло как дисциплина, связанная с частным правом и движимая стремлением к гармонизации. Практически из этого следует, что компетенция большинства юристов-компаративистов связана с частным правом. Как предупреждал своих читателей Алан Уотсон в 2004 году, «конституционное право находится вне моей компетенции»²⁷.

Но исключение публичного права из большей части компаративистского правового дискурса также отражает точку зрения, согласно которой сравнительное публичное право (наиболее сложным подразделом которого в этом контексте является конституционное право) — предприятие настолько трудное, что сравнение становится почти «обманчивым и напрасным»²⁸. С этой точкой зрения специалистам по сравнительному конституционному праву согласиться сложно. Тем не менее она указывает на то, что конституционное право — это совершенно особая ветвь правовой науки, для которой может потребоваться особая методология. В дальнейшем я обозначу ряд различий между сравнительным

и частным правом, которые могут затронуть и сам сравнительный метод. Их можно свести к пяти группам: отношения между конституциями и государствами; роль конституций; влияние политики; значение истории; корреляция (или отсутствие таковой) между правовыми и конституционными системами.

Первое и наиболее очевидное различие между конституциями и остальным правом — тесное отождествление между конституциями и государствами или иными политическими образованиями, к которым они относятся. Каждое государство имеет свою конституцию, оформленную как единый формальный документ, или не имеет таковой. Конституция может рассматриваться как конституирующая или по-новому конституирующая данное государство²⁹. В любом случае она обычно является источником легитимности и полномочий государственных органов. Собственная легитимность конституции связана с теориями государства как центра генетической матрицы суверенитета³⁰. Таким образом, при любом подходе существует, по меньшей мере, столько же конституций, сколько государств, и нет конституций двух государств, которые бы совпадали. И, что ещё важнее, сущность связи между государством и его конституцией представляет собой фундамент, на котором могут строиться (и иногда действительно строятся) претензии на исключительность³¹.

Второй момент расхождения связан с возможными ролями конституции. Конституции, как правило, организуют государственную власть, создают её институты³², структурируют фундаментальные аспекты отношений между государством и его народом и иногда народа *inter se*; обеспечивают основу, исходя из которой оценивается действительность и

²⁷ *Watson A. Legal Culture v. Legal Tradition // Epistemology and Methodology of Comparative Law / ed. by M. Van Hoecke. Portland, OR : Hart, 2004. Отметим одно важное исключение — работы Джона Белла о сравнительном административном праве, например: Bell J. Comparing Public Law // Comparative Law in the 21st Century / ed. by A. Harding, E. Örüçü. P. 235–248.*

²⁸ *Örüçü E. The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century. Boston, MA : Martinus Nijhoff, 2004. P. 179. Другие пользующиеся влиянием взгляды на этот предмет, представлены также в работе: Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law // Modern Law Review. 1974. Vol. 37. No. 1. P. 1–27, 7 (в этой статье, в частности, резюмируются и суждения Монтескье по этому вопросу).*

²⁹ См.: *Arendt H. On Revolution. London : Penguin Books, 1973. P. 125.*

³⁰ Эти подходы, разумеется, могут различаться. В общих чертах о них см.: *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form / ed. by M. Loughlin, N. Walker. Oxford : Oxford University Press, 2007.*

³¹ В связи с США по данной теме см.: *Gardbaum S. The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism // Michigan Law Review. Vol. 107. 2008. P. 391–466 (и указанную в этой статье литературу).*

³² О значимости связи между публичным правом и его институтами для целей сопоставления см.: *Bell J. Comparing Public Law. P. 240.*

действенность остальной части правовой системы этого государства. В этом отношении конституции представляют собой образец позитивного права, то есть, в сущности, квинт-эссенцию государственного права, хотя в некоторых важных отношениях отличаются от обычных форм государственного права.

Но в рамках конкретного политического образования конституции играют и другую роль. Практически каждая конституция имеет ту или иную символическую ценность, для которой она может специально разрабатываться, хотя символический статус может быть приобретён и непреднамеренно. В связи с этим конституция может использоваться для усиления некоторых целей государства, например национального единства, межобщинного уважения, мирного сосуществования и национального самоопределения³³. Конституция может играть для государства роль самовыражения (или восприниматься в качестве таковой), отражая его историю и культуру³⁴. Вся конституция в целом или её части могут иметь характер декларации о намерениях, особенно в период перехода или трансформации. В некоторых случаях вся конституция или какая-либо её часть может иметь «косметическую» функцию, которая должна влиять скорее на её восприятие, чем на реальное действие. Как утверждал Понтер Франкенберг, вряд ли все аспекты той роли, которую играет конституция, чётко формулируются, хотя их признаком могут быть «странные подробности и недосказанности» в самом письменном документе, в писаной конституции³⁵.

В-третьих, конституции, как правило, занимают промежуточное положение между политикой и позитивным правом. В начале XXI века почти все конституции являются правовыми актами, представляющими пози-

тивное право целиком или в значительной части. Большая часть конституций также воспринимается как некоторого рода высший закон, действие которого осуществляется посредством процедуры судебного контроля. Но в конечном счёте исходный авторитет конституции какого-либо государства зависит от факторов, которые лежат вне области права, а текущая эффективность конституции зависит от уступок со стороны мощных политических игроков³⁶. Более того, сущность конституции такова, что она, вероятнее всего, будет существенно пополняться, не только разнообразными «правовыми формантами»³⁷, но также и разного рода политическими практиками и интерпретациями. Степень зависимости от последних может быть различной, и крайний случай здесь представляет собой Великобритания.

Четвёртой отличительной чертой конституционного права является формирующее влияние истории. В некоторых случаях — и снова ярким примером может служить Великобритания — конституция органически вырастает из истории государства. Большинство современных конституций имеет несколько более искусственный характер, в том смысле, что они намеренно составляются в определённый момент, опираясь на другие конституционные модели. Но и в этом случае история оказывает на них формирующее влияние; конституция, скорее всего, предстаёт результатом некоторого движущего исторического момента или их последовательности³⁸. Конституции обычно создаются с учётом проблем прошлого и настоящего³⁹. При прочих равных условиях конституционный выбор, вероятно, будет демонстрировать зависимость от пер-

³³ Хорошей иллюстрацией могут служить ценности, перечисленные в основополагающих документах Конституции ЮАР, раздел I, в том числе «достижение равенства».

³⁴ Об общем понятии экспрессивной функции права, для которой конституции подходят особенно хорошо, см.: *Sunstein C.R. On the Expressive Function of Law // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 144. 1996. No. 5. P. 2021–2053. О частном применении этого понятия к конституционному праву см., например: Tushnet M. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. P. 1269–1281.*

³⁵ См.: *Frankenberg G. Op. cit. P. 458.*

³⁶ Об обоих пунктах см.: *MacCormick N. Institutions of Law: An Essay in Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 39–49* (автор опирается на труды Г. Кельзена и Х. Л. А. Харта).

³⁷ *Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I) // American Journal of Comparative Law. Vol. 39. 1991. No. 1. P. 1–34, 22* (этот термин используется для включения «статутных норм, формулировок юристов и решений судей»).

³⁸ Идея опоры на подобные «исторические моменты» получила наиболее известное развитие в работе: *Ackerman B. We The People. Vol. 1: Foundations. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.*

³⁹ См.: *Bell J. Comparing Public Law. P. 241–242.*

воначально выбранного пути⁴⁰. Конституции пишутся на долгую перспективу, независимо от того, сколько они просуществуют на самом деле⁴¹. Долговечная конституция, скорее всего, будет нагружена историческим опытом, который может быть принципиальным для её понимания⁴². Такая конституция может легко развить собственные органические признаки, характерным свойством которых является взаимозависимость составных частей.

Ещё один, пятый и последний, потенциально важный пункт расхождения между конституционным и частным правом касается отношения между конституционными и правовыми системами. Между ними есть определённая степень корреляции. Большинство государств с системой англосаксонского права имеют конституционные положения, на которые оказала влияние традиция общего права либо Великобритании, либо США, либо некоторое сочетание обеих. Многие государства с системой континентального права имеют конституционные положения, проистекающие из традиций гражданского права, часто по французскому или немецкому образцу. Государства, признающие исламское право как источник своих правовых норм, могут сохранять исламские черты и в конституции⁴³. Кроме того, эта корреляция имеет некоторое функциональное значение в той степени, в какой правовая и конституционная система

дополняют друг друга. Например, использование децентрализованной системы конституционного контроля в большей части конституционных систем общего права соответствует обычно нечёткой границе между публичным и частным правом в англосаксонской системе и позволяет судам решать стоящие перед ними вопросы путём отсылки к любому применимому источнику права⁴⁴.

Однако это соотношение не является полным и исчерпывающим. Выше было отмечено, что так называемые смешанные правовые системы усложняют анализ даже в сравнительном частном праве. Как правило, системы характеризуются как смешанные, если они опираются на элементы различных «правовых семей» в вопросах частного и публичного права. Для целей нашей работы отметим, что во многих таких случаях публичное право следует за традицией англосаксонского общего права⁴⁵. В таких случаях уже имеет место расхождение между собственно правовой системой и конституционными положениями, что может оказать влияние на функционирование обеих. А приведение конституций в соответствие с правовыми системами дополнительно усложняется тем фактом, что во многих государствах с правовыми системами, которые в нормальном случае были бы отнесены к одной из стандартных «правовых семей», имеются конституционные положения, обычно сочетающиеся с другой «правовой семьёй». Примером может служить смешение фактически континентальной правовой системы с децентрализованным конституционным контролем в некоторых странах Латинской Америки под влиянием Конституции США⁴⁶. Другим таким примером является Япония⁴⁷.

⁴⁰ См.: *Mota Prado M., Trebilcock M.J.* Path Dependence, Development, and the Dynamics of Institutional Reform // *University of Toronto Law Journal*. Vol. 59. 2009. P. 341–379, 356.

⁴¹ См. оценку, согласно которой средняя «продолжительность жизни» писаной конституции составляет 17 лет: *Ginsburg T., Elkins Z., Melton J.* The Lifespan of Written Constitutions // *The Record Online*. Spring 2009. URL: <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/lifespan> (дата обращения: 13.12.2009).

⁴² Примером может служить конституция Австралии, принятая в 1901 году, до получения независимости. Обсуждение важности происшедших с тех пор изменений см., например, дело *Sue v. Hill*: *The Commonwealth Law Reports*. Vol. 199. 1999. P. 462.

⁴³ См.: *Emon A. M.* The Limits of Constitutionalism in the Muslim World: History and Identity in Islamic Law // *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* / ed. by S. Choudhry. Oxford: Oxford University Press, 2008. P. 258–286. В более общем виде см.: *al-'Alam al-Islami K.* Assessing the Constitution of Islamic States. URL: http://www.islamic-world.net/islamic-state/assessing_consti.htm (дата обращения: 20.09.2009).

⁴⁴ Это положение подвержено любым другим ограничениям, которые могут быть наложены на источники права, к каковому суд может обратиться, например, в федерациях с двойными судебными системами, например в США или Австралии.

⁴⁵ См.: *Du Plessis J.* Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. P. 477–512.

⁴⁶ См.: *Kleinheisterkamp J.* Development of Comparative Law in Latin America // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. P. 261–304, 268.

⁴⁷ См.: *Noda Y.* Introduction to Japanese Law / trans. by A. H. Angelo. Tokyo: University of Tokyo Press, 1989.

2.3. Сравнительный конституционный метод

Чтобы сделать выводы о значении этих аспектов конституционного права для сравнительного метода, я вернусь к методологическим проблемам, сформулированным мной ранее на основании опыта сопоставительного частного права.

Первый из них был связан со степенью допустимости утверждения о сходстве правовых систем для проведения компаративных исследований. Я кратко отметила, что по отношению к частному праву этот вопрос иногда поднимается в контексте гармонизации права с целью достичь фактического единообразия. В конце концов, по отношению к конституционному праву ясно, что при сопоставлении между государствами задача гармонизации конституционного текста и структуры не ставится, по крайней мере среди правоведов-компаративистов. Однако в других аспектах вопросы, которые вызывает сравнение на линии дихотомии сходства и различия, столь же сложны в конституционном, как и в частном праве, а возможно, даже более.

Конституции пишутся не в вакууме. С тех пор как появилось само понятие конституции, новые конституции пишутся по подобию прежних, испытывая многообразные влияния — от преклонения до внедрения, имплантации и других процессов гегемонии, а также, в более позднее время, интернационализации. Неизбежным результатом этого является определенная степень конвергенции конституционных понятий, институтов и норм. Но формальная конвергенция необязательно означает конвергенцию в трактовке, в ценностях и приоритетах или в действии конституционных положений на практике перед лицом огромного количества локальных контекстуальных факторов. Конвергенция этих характеристик может быть также результатом, например, заимствования судебных толкований, переходящих из одной юрисдикции в другую. Тем не менее, исходя из своего глубокого понимания нюансированности и взаимосвязи конституционных положений в своих собственных государствах, юристы-компаративисты должны остерегаться делать опро-

метчивые выводы относительно на первый взгляд сходных конституционных явлений.

Вторым методологическим вопросом, о котором мы ранее говорили, является необходимость обеспечить хорошее и тщательное обоснование предмета сравнения. У меня есть некоторые сомнения насчет того, подходит ли функционалистский метод для сравнительного конституционного права с учётом важности исторической и культурной интерпретации. Однако теперь я так или иначе убедилась, что функциональные допущения латентно присутствуют во многих сравнительных конституционных проектах, а в других случаях функционализм просто необходим для их эффективной разработки, хотя он ни в коей мере не является универсальным инструментом. Классическим примером его использования в конституционном контексте является способ защиты прав человека. Сравнение защиты прав, например, в Индии, где конституционализировано большее число прав⁴⁸, в Гонконге, где защита прав зависит от конституционного статуса, которое придаёт международным договорам о правах человека статья 39 Основного закона⁴⁹, и в Австралии, где права человека защищаются в основном через систему институтов и организаций⁵⁰, безусловно, требует функционального подхода, а не ограничивающегося просто одним позитивным правом.

Слово «функционализм» я здесь употребляю в смысле весьма утончённого концепта *функционализма эквивалентности*, который недавно разработал Р. Майклз, утверждающий, наряду с прочим, что правила «укоренены в культуре», пусть даже и с точки зрения стороннего наблюдателя⁵¹. Применение этого метода для целей сравнения конституций усложняется проблемой точного

⁴⁸ См.: Конституция Индии, часть III; ср.: Директивные принципы государственной политики в части IV.

⁴⁹ См.: *Byrnes A. And Some Have Bills of Rights Thrust upon Them: The Experience of Hong Kong's Bill of Rights // Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives / ed. by Ph. Alston. New York : Oxford University Press, 2000. P.318–392.*

⁵⁰ См.: National Human Rights Consultation, Report. Ch.5. URL: http://www.humanrightsconsultation.gov.au/www/nhrcc/nhrcc.nsf/Page/Report_NationalHumanRightsConsultationReportDownloads (дата обращения: 28.10.2009).

⁵¹ См.: *Michaels R. Op. cit. P.365.*

установления функциональной эквивалентности. В то время как некоторые функции являются общими для большинства конституционных систем, многие другие не столь широко распространены. Примером функции, которая присутствует только в Южной Азии, является искоренение практики отнесения людей к касте неприкасаемых, которого стремились достичь создатели Конституции Индии⁵².

Третий вопрос, связанный с таксономией, затрагивает упорядочивание конституционных положений с целью построения сравнительного исследования, в особенности широкомасштабного компаративного проекта. Сущность конституций, а с ними и всего корпуса конституционного права позволяет выдвинуть две гипотезы, каждая из которых в той или иной степени отталкивается от методологии частного права. Первая гипотеза заключается в том, что масштаб конституционной системы требует множественной или многослойной таксономии, которая помогает принять во внимание релевантные телеологические, структурные и культурные характеристики данной конституционной системы. Вторая исходит из возможности того, что конституционная традиция — это более полезный организующий принцип, чем «правовая семья» или даже правовая традиция, если признать, что последнюю можно включить в первую. Опираясь на работы Х. П. Гленна, понятие конституционной традиции для наших целей можно понимать как «переданную информацию», которая отражает идентичность и предлагает целостность, в то же время являясь «кашей, которую постоянно заваривают новые поколения», открытой для влияний извне⁵³.

Классификация конституционных положений через отсылку к «правовой семье» или традиции имеет некоторую полезную аналитическую и прогностическую ценность. С другой стороны, у неё есть и недостатки. Один из них заключается в том, что — к неудобству для различия глобальной дисциплины — самими влиятельными конституционными традициями на протяжении большей части

XX века были традиции США, Великобритании, Германии и Франции (степень присутствия в этом поле иных конкурентов мы обсудим в следующем разделе). Второй недостаток связан с тем, что категории такого рода потенциально вводят в заблуждение. Конституционная традиция никогда не наследуется *in toto*, и отнесение конкретной конституционной системы к той или иной «традиции» может помешать задуматься над другими её свойствами, степень специфичности которых с течением времени, скорее всего, будет только углубляться. Таким образом, рассмотрение конституционной традиции в лучшем случае может быть лишь показателем *prima facie* типов конституционных положений, которые, вероятно, будут найдены в любой конкретной системе, и обоснований этих положений.

Четвёртая методологическая проблема касается необходимости идентифицировать и учитывать культурный контекст в каждом проекте компаративного правового исследования. Как указано выше, четыре изменения культуры, выделенные для данной цели Р. Коттерелом, — это: убеждения и ценности; традиции, (включая историю); материальные соображения и эмоциональные реакции и отклики⁵⁴. Каждый из этих компонентов, как с индивидуальной, так и с коллективной точки зрения, может быть чрезвычайно важен для понимания конституционного режима. Строго говоря, они, скорее всего, более значимы для понимания конституционного, чем частного права. С другой стороны, особый статус конституции влияет или может влиять на задачу понимания её в культурном контексте. Как отметил Гюнтер Франкенберг, конституции часто стремятся сформировать те или иные аспекты культуры и самим подвергаться формированию со стороны культуры⁵⁵, поскольку сам их статус позволяет им и то, и другое.

В любом случае возникает вопрос, чья именно культура релевантна, чья культура подходит для понимания конституционных положений. Ответ на него должен быть таким: это зависит от предмета сравнения. Одним вариантом является культура сообщества в целом, в той мере, в какой её можно считать

⁵² См.: Rao A. The Caste Question: Dalits and the Politics of Modern India. Berkeley, CA : University of California Press, 2009. P.167–178.

⁵³ См.: Glenn H.P. Legal Traditions of the World. Ch. 1.

⁵⁴ См.: Cotterrell R. Law and Culture: Inside and Beyond the Nation State. P.23.

⁵⁵ См.: Frankenberg G. Op. cit. P.446.

однородной⁵⁶. Эта возможность опирается не столько на то, что авторитет конституции теоретически приписывается суверенитету народа, сколько практическим попыткам, которые все больше и больше предпринимаются для того, чтобы обеспечить эффективность конституции и гарантировать близость к народу положений, которые в других отношениях могут казаться абстрактными, неизвестными и далекими⁵⁷. Более того, в ряде случаев функционирование конституции будет осуществляться под прямым влиянием культуры общества. Приведём очевидный пример: конституция, которая рассматривается как документ большой важности и от которой ожидается, что она сформирует действия государственных органов, скорее всего, просуществует долго и будет эффективнее, чем та, от которой ничего такого не ждётся⁵⁸.

Вторая возможность, не полностью исключая первая, заключается в концентрации на ценностях, убеждениях и эмоциональных откликах конституционных элит. Она по аналогии опирается на утверждение, согласно которому правовая культура принципиальна для понимания частного права⁵⁹. В такие элиты могут входить, например, политические лидеры, избранные депутаты, высшие государственные чиновники, судьи, юристы-конституционалисты, возможно, средства массовой информации. И едва ли не само

собой разумеется, что взгляд людей, занимающих эти посты, вероятно, будет критическим в целом ряде конституционных контекстов. Но между этими людьми, скорее всего, будут и разногласия по ключевым вопросам культуры, включая, в некоторых контекстах, конституционную релевантность самой культуры⁶⁰. Перед ними может также возникнуть искушение использовать культурные аргументы в стратегических целях, чтобы гарантировать своё собственное видение государства. Перед лицом этих возможностей утверждения о культуре не могут восприниматься дословно и требуют более осторожной оценки, каким бы непросто этот опыт ни был.

Наконец, возникает вопрос, а может ли повлиять на сравнительный конституционный проект феномен плюрализма (а если да, то как). Конституционное право — это право государства *par excellence*. Разумеется, конституции дополняются иными типами законов и другими нормами в форме неправовых практик. Часто невозможно или даже бессмысленно проводить чёткую границу между конституциями и остальным правопорядком. Однако в нормальном случае все такие законы и практики являются частью той же системы права и практики государства, иерархический порядок внутри которой обычно относительно ясен.

Но даже в контексте сравнительного конституционного права плюрализм может быть релевантным фактором. Могут быть иные, негосударственные внутренние нормативные системы, конкурирующие с конституционным порядком и делающие его неэффективным или, по крайней мере, гораздо менее эффективным, чем он мог бы быть в противном случае. И снова примером может служить обычай и практика кастовой системы в Индии; другой пример — конфликт между традиционными гендерными отношениями и стандартами индивидуальных прав человека⁶¹. Могут существовать и другие внутренние нормативные системы, дополняющие конституционные положения. Недавний (хотя и оспо-

⁵⁶ Фактически однородность едва ли будет иметь место во всех компонентах культуры, релевантных для сравнительного конституционного анализа. См.: Cotterrell R. Law and Culture: Inside and Beyond the Nation State. P. 22.

⁵⁷ Примером этого может служить процесс разработки Конституции ЮАР. Klug H. Constituting Democracy: Law, Globalism, and South Africa's Political Reconstruction. Cambridge : Cambridge University Press, 2000. Ch. 5. В общих чертах об этом см.: Hart V. Democratic Constitution Making // Special Report. No. 107. July 2003. URL: <http://www.usip.org/files/resources/sr107.pdf> (дата обращения: 17.12.2009).

⁵⁸ См.: Eoseewong N. The Thai Cultural Constitution // Kyoto Review of Southeast Asia. 2003. No. 3. P. 3. URL: <http://kyotoreview.cseas.kyoto-u.ac.jp/issue/issue2/index.html> (дата обращения: 17.12.2009) (в статье отмечается различие между культурной конституцией и сменяемыми друг друга писаными конституциями Таиланда; это помогает объяснить, почему «конституция столь часто попирается»).

⁵⁹ См.: Bell J. French Legal Cultures. London : Butterworths, 2001. Ch. 1.

⁶⁰ См.: Sen A. Identity and Violence: The Illusion of Destiny. New York : WW Norton, 2006. Ch. 5.

⁶¹ См.: Ibhawoh B. Between Culture and Constitution: Evaluating the Cultural Legitimacy of Human Rights in the African State // Human Rights Quarterly. Vol. 22. 2000. No. 3. P. 838–860, 848.

ренный) пример: решение Конституционного суда Южной Кореи, согласно которому столичный статус Сеула является частью «обычного конституционного права»⁶². Наконец, конституционное право может (и это наиболее очевидно) сосуществовать с наднациональными или международными режимами на условиях конкуренции, при которых формальная правовая иерархия неясна либо её применение непредсказуемо. Взаимопроникновение внутреннего конституционного и международного права в наше время является значимым феноменом, и мы вернёмся к нему в следующей части.

3. Современные конституционные исследования

До сих пор наше обсуждение сознательно затрагивало лишь несколько традиционное, внеконтекстное понимание конституционного права с целью сосредоточиться на точках схождения и расхождения между сравнительным частным и сравнительным конституционным правом. Однако в первой половине XXI века нельзя прийти к выводам о методологии сравнительного конституционного права без учёта сил, меняющих положение дел в этой дисциплине, которые возникли в последние десятилетия; многие проявления из такого рода факторов можно проследить с конца «холодной войны». К ним относятся растущая роль международного права и влияние глобализации в разных формах⁶³. Что касается конституций стран мира, то результаты можно резюмировать как расширение конституционализма, конституционных инноваций, интернационализацию и взаимное обогащение через обмен опытом. Влияние всех этих тенденций усиливалось необычайным прогрессом в коммуникациях, достигнутым благодаря информационным технологиям. Как известно, данный период также харак-

теризуется некоторой степенью размывания суверенитета государств. Разумеется, этот процесс не был односторонним. Государство остаётся самым важным, хотя уже не единственным, субъектом международного права. В первом десятилетии XXI века потенциал государства как защитника своих граждан от глобальных проблем был усилен рядом новых факторов. Сюда входят проблемы безопасности перед лицом международного терроризма, региональный и глобальный бюджетный кризисы и борьба за приемлемое и эффективное решение вопроса климатических изменений.

В оставшейся части этого раздела мы рассмотрим сущность этих разнообразных сил, меняющих дисциплину конституционного права, более подробно. В следующей части мы рассмотрим их основные последствия для сравнительного анализа конституций.

На протяжении последних двух десятилетий заметно увеличивалось количество новых конституций. По грубой оценке, с 1990 года в силу вступила 91 новая конституция или акт конституционного типа в государствах или сходных политических образованиях; 26 из них введены после 2000 года⁶⁴. Объяснение этой активности отчасти связано с возникновением новых государств. Некоторое представление о росте их количества даёт рост числа государств — членов ООН с 159 в 1990-м до 192 в 2006 году, хотя, как известно, это не идеальный показатель⁶⁵. Однако с любой точки зрения стало больше конституционализированных политических образований, чем прежде, и, таким образом, больше стало и игроков на конституционном поле. В

⁶² См. решение Конституционного суда Южной Кореи: *Relocation of the Capital City Case, Judgment of Oct. 21, 2004, 2004 Hun-Ma 554, 566 (Const. Ct.)*.

⁶³ Один из многочисленных анализов влияния интернационализации и глобализации на конституции государств представлен в работе: *Peters A. The Globalization of State Constitutions // New Perspectives on the Divide Between National and International Law / ed. by J. Nijman, A. Nollkaemper. New York : Oxford University Press, 2007. P. 251—308, 251—252.*

⁶⁴ Данные приводятся по справочнику ЦРУ. URL: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html> (дата обращения: 17.12.2009). В данных учтены политические образования, не являющиеся государствами, — Гонконг и Макао.

⁶⁵ См.: *United Nations. Growth in United Nations Membership (1945 — present)*. URL: <http://www.un.org/en/members/growth.shtml> (дата обращения: 17.12.2009). Эти цифры не совсем подходят для наших целей, поскольку не включают негосударственные политические образования или политические образования, по тем или иным причинам не принятые в ООН (например, Тайвань). Конституции или конституционные акты этих стран тем не менее продолжают вносить вклад в мировой конституционный опыт. При подсчётах учтены также ранее существовавшие государства, принятые в ООН лишь недавно, например Швейцария.

любом случае рост числа новых конституций для старых государств также значим для наших целей, поскольку позволяет взглянуть на изменения концепции, сущности или процесса принятия конституции. В связи с этим надо указать, что эта статистика недооценивает потенциал конституционных инноваций, поскольку она не учитывает крупнейших изменений в существующих конституциях, несомненно, имевших место на протяжении последних двадцати лет⁶⁶.

Степень конституционных инноваций, имевших место в эти годы, заслуживает более пристального исследования. По нашим ощущениям, однако, она значительна. Увеличивается литература, документирующая экспериментирование с процессом принятия конституции, в широком диапазоне современных условий, в которых оно происходит⁶⁷. Имей место сдвиг в осмыслении конституций, примером которого может служить развитие концепции транснационального конституционализма, с учётом опыта Восточной Азии и других регионов⁶⁸. Кроме того, в содержании конституций произошло много содержательных изменений: это касается как сюжетов, оговорённых в конституциях, так и конкретного содержания положений. У этого процесса был целый ряд причин: народные требования, необходимость решения новых задач, включая глубокий раскол общества, влияние интернационализации и глобализации как в общем ключе, так и в контексте гражданства

и территории, интерес к новым идеям, который естественно подпитывается подобным стимулом активности⁶⁹. Вот некоторые из широкого диапазона реакций: эксперименты с конституционным закреплением социальных и экономических прав, гарантируемых судебным контролем⁷⁰; конституционное признание экологических прав и свобод⁷¹; ряд механизмов, стабилизирующих разделённые общества, включая деволуцию публичной власти с учётом этнических границ⁷²; развитие техник, уравнивающих защиту прав человека с парламентским суверенитетом в особой форме, связанной с британской конституционной традицией⁷³; предоставление избирательного права диаспоре⁷⁴ и различные формулировки, призванные примирить признание шариата с конституционной защитой прав человека⁷⁵.

Интернационализация связана с развитием международного, а в некоторых регионах и наднационального права, посредством которого государства становятся приверженными общим нормам, носящим конституционный (в широком смысле) характер. Как правило, подобные нормы так или иначе влияют на внутригосударственное право и практику, хотя это происходит очень многообразно

⁶⁶ Таким образом, не учитывается, например, Венгрия, Конституция которой, принятая в 1949 году, была существеннейшим образом пересмотрена после падения коммунизма: *Dupré C.* Importing the Law in Post-Communist Transitions. Portland, OR : Hart, 2003. P. 31.

⁶⁷ См., например: *Ghai Y., Galli G.* Constitution Building Processes and Democratization. Stockholm : International IDEA, 2006; *Hart V.* Op. cit.; *Moehler D. C.* Distrusting Democrats: Outcomes of Participatory Constitution Making. Ann Arbor, MI : University of Michigan Press, 2008; *Arato A.* Constitution Making Under Occupation: The Politics of Imposed Revolution in Iraq. New York : Columbia University Press, 2009; *Ginsburg T., Elkins Z., Blount J.* Does the Process of Constitution-Making Matter? // Annual Review of Law and Social Science. 2009. Vol. 5. P. 201–223.

⁶⁸ См.: *Yeh J.-R., Chang W.-Ch.* The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: East Asian Perspective // National Taiwan University Law Review. Vol. 4. 2009. No. 1. P. 145–183.

⁶⁹ Обширный обзор по этой теме см. в работе: *Ghai Y.* A Journey Around Constitutions: Reflections on Contemporary Constitutions // South African Law Journal. Vol. 122. 2005. No. 4. P. 804–831.

⁷⁰ См.: Конституция ЮАР (1996), разд. 2.

⁷¹ См.: 2004 Charter for the Environment (Fr).

⁷² См.: *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* / ed. by S. Choudhry. P. 43. Об «этническом федерализме» см.: Конституция Федеративной Демократической Республики Эфиопии.

⁷³ См.: *Gardbaum S.* The New Commonwealth Model of Constitutionalism // American Journal of Comparative Law. Vol. 49. 2002. No. 4. P. 707–760.

⁷⁴ По оценке 2007 года, 120 стран позволяли в той или иной мере голосовать своей диаспоре и ещё 9 рассматривали введение такого закона, а ещё 90 не имели положений о голосовании диаспоры. Девять представителей первой группы обладали также депутатскими мандатами в национальном парламенте. См.: *Sundberg A.* Diaspora Voting Rights in 214 Countries of the World (Apr. 3–4, 2008). URL: <https://www.overseasvotefoundation.org/initiatives-summit2008-proceedings> (дата обращения: 17.12.2009); *Sundberg A.* Diasporas Represented in their Home Country Parliaments (Apr. 3–4, 2008). URL: <https://www.overseasvotefoundation.org/initiatives-summit2008-proceedings> (дата обращения: 17.12.2009).

⁷⁵ См., например: Конституция Ирака, ст. 2, 3, 92.

ными способами⁷⁶. В некоторых государствах как традиционное международное право, так и договоры, в которых участвует государство, автоматически приобретают силу закона, а в нескольких государствах международное право имеет приоритет над конституцией, в общем виде или в перечисленных законом случаях⁷⁷. Всё чаще и чаще международные нормы прямо переносятся в новые конституции, а составители конституций не ограничиваются формулировкой прав, как в других государствах⁷⁸. Даже при отсутствии какого-либо формального акта инкорпорации международные правовые нормы, весьма вероятно, будут оказывать косвенный эффект на публичное право данного государства через судебные решения⁷⁹. Для наших целей особенно важно, что национальные судьи часто учитывают международное право при интерпретации и применении конституции, а в некоторых странах конституции от них прямо этого требуют⁸⁰.

С другой стороны, обмен опытом («перекрёстное опыление») — это продукт глобализации; под данным термином мы понимаем все формы взаимодействия между людьми, институтами и экономическими и социальными акторами, проходящие поверх границ между разными юрисдикциями. Обмен опытом влияет на глобальный поток конституционных идей на многих уровнях и разными

способами. Разработчики конституций и их советники в момент создания конституции неизбежно изучают опыт других государств, чтобы получить глубинное осмысление как процессуальной, так и содержательной стороны. Возникновение международных и региональных организаций конституционной поддержки дополнительно поощряет распространение глобального конституционного опыта⁸¹. Направление при разработке конституции часто определяется взаимосвязью мировых бюджетных и экономических систем — либо под влиянием возможности получения международной помощи, либо с целью развивать и сохранять преимущества, обеспечивающие конкурентоспособность⁸². Политические лидеры также, скорее всего, будут изучать зарубежную практику и в других аспектах при определении конституционной (в широком смысле) политики, например по отношению к избирательному праву и администрации или при разработке антикоррупционных мер. Исследовательские сети разного типа представляют собой средство, при помощи которого по глобальному конституционному сообществу распространяются вновь открывающиеся перспективы конституционного права⁸³.

Обмен опытом происходит и в рамках конституционного правосудия. Несмотря на опасения, которые эта практика недавно вызвала в США, конституционные судьи всё чаще

⁷⁶ См.: *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* / ed. by J. Nijman, A. Nollkaemper.

⁷⁷ Например, Конституция Нидерландов, ст. 91, 93.

⁷⁸ Ср. примеры Колумбии, Румынии, Филиппин и Чехии, приведённые в работе: *Steiner H. J., Alston Ph., Goodman R. International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. P. 1090. В общем виде о проблеме см.: *Ginsburg T., Chernykh S., Elkins Z. Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law* // *University of Illinois Law Review*. 2008. No. 1. P. 201–237.

⁷⁹ Это верно даже для дуалистических государств: *De Londras F. Dualism, Domestic Courts, and the Rule of International Law* // *Ius Gentium* / ed. by M. Sellers, T. Tomaszewski. Dordrecht: Springer, 2010. Аргументацию, опирающуюся на принцип конфликта законов, см.: *Knop K., Michaels R., Riles A. International Law in Domestic Courts: A Conflict of Laws Approach* // *Proceedings American Society of International Law*. Vol. 103. 2010. P. 269–274.

⁸⁰ См., например: Конституция ЮАР, ст. 39(1).

⁸¹ Красноречивым примером является Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия). Все 47 членов Совета Европы являются членами Венецианской комиссии; неевропейскими участниками в 2009 году были Киргизия, Чили, Республика Корея, Марокко, Алжир, Израиль, Тунис, Перу и Бразилия. Ещё восемь государств имеют статус наблюдателей. Ср. также международную организацию IDEA, в которую входят 25 членов: это страны Африки, обеих Америк, Азии, Европы и Океании.

⁸² См.: *Yeh J.-R., Chang W.-C. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions* // *Pennsylvania State International Law Review*. Vol. 27. 2008. No. 1. P. 89–124, 110. См. также: *Tushnet M. The Inevitable Globalization of Constitutional Law* // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 49. 2009. No. 4. P. 985–1006.

⁸³ Среди примеров: Международная ассоциация конституционного права. URL: <http://www.iaclaide.org/en/index.htm> (дата обращения: 17.12.2009) или расположенный в США сайт www.constitutionmaking.org с блогом о сравнительном конституционном праве: URL: <http://www.constitutionmaking.org/default.html> (дата обращения: 17.12.2009).

изучают перспективы, доктрины и судебные решения других государств, рассматривают вопросы, поставленные перед ними, и формулируют собственную аргументацию⁸⁴. В некоторых судах эта способность поддерживается практикой найма помощников из других юрисдикций⁸⁵. В некоторых других политических образованиях суды привлекают судей из других государств для работы в качестве всех или некоторых членов суда, что тоже даёт сходные результаты⁸⁶. Как в данном случае, так и в некоторых других обстоятельствах обмен опытом бывает существенно облегчён благодаря простоте и скорости распространения информации о конституционной эволюции при помощи всё более сложных и повсеместно распространяющихся технологий. По крайней мере, для англоязычных стран и для знающих английский язык восприятие потока информации упрощается благодаря растущей тенденции конституционных судов в неанглоязычных юрисдикциях публиковать информацию по правовой проблематике и о судебной практике на английском языке⁸⁷.

Последствия интернационализации и глобализации для государства как целостного института носят двоякий характер, и данная ситуация, вероятно, сохранится ещё некоторое время. Тенденция некоторых сил к размыванию непосредственного воздействия государства на жизнь общества в разных странах находится в противоречии с продолжающейся значимостью государства для подавляющего большинства их населения. Но в любом случае произошёл целый ряд изменений, релевантных с точки зрения конституционного права. Государства уже не являются полностью суверенными, если понимать суверенитет в абсолютном смысле, включая как теорию, так и практику. Степень участия международного сообщества в государственном управлении ставит вопросы к самому понятию конституции и к источникам, из которых та черпает легитимность. А отношение между понятиями государства, его территории и его населения, до сих пор очень близкими, теперь является несколько более сложным. Угрозы внутренней территориальной гегемонии государств в результате интернационализации дополняются тенденцией конституционализировать некоторые формы экстра-территориальной деятельности государств⁸⁸. Всё более гетерогенные сообщества со множественными симпатиями и лояльностями, отчасти являющиеся продуктом мобильности населения⁸⁹, служат катализатором для ослабления значения формального гражданства в прежнем его значении⁹⁰. Одним из множества последствий этих тенденций является размывание культурной идентичности государств в том смысле, что культура всё

⁸⁴ Постоянно пополняемые результаты исследования масштаба этой практики в большом числе стран и регионов получены в результате деятельности Заинтересованной группы по международному праву. Заинтересованная группа: использование иностранных прецедентов конституционными судьями: URL: <http://www.unisi.it/dipec/en/interestgroup.php> (дата обращения: 17.12.2009).

⁸⁵ См., например, информацию для секретарей судов из США, Европы и британского Содружества в целях сравнительного конституционного анализа: *Supreme Court of Israel. Foreign Clerkships with the Supreme Court of Israel*. URL: http://elyon1.court.gov.il/eng/Clerking_opportunities/main.html (дата обращения: 17.12.2009) (информация для секретарей судов из США, Европы и британского Содружества в целях сравнительного конституционного анализа).

⁸⁶ Гонконгский Высший апелляционный суд в своём постановлении 1997 года разрешил себе приглашать судей из других юрисдикций англосаксонского права, чтобы те заседали в качестве членов Суда. Применительно к Тихоокеанскому региону см.: *MacFarlane P. Some Challenges Facing Legal Strengthening Projects in Small Pacific Island States // Journal of Commonwealth Law and Legal Education. Vol. 4. 2006. No. 1. P. 103–112.*

⁸⁷ Например: Конституционный суд Кореи. URL: <http://english.ccourt.go.kr/> (дата обращения: 17.12.2009); Конституционный суд Тайваня. URL: http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/en/p01_03.asp (дата обращения: 17.12.2009).

⁸⁸ Обзор тенденций в трёх странах – США, Канаде и Великобритании – см.: *Keitner C.I. Rights Beyond Borders (Oct. 2, 2009)* (незданная рукопись). URL: <http://ssrn.com/abstract=1480886> (дата обращения: 17.12.2009).

⁸⁹ В 2008 году, по оценке ООН, международные мигранты должны были составлять 3,1 % мирового населения в 2010 году, но эта пропорция варьирует в разных регионах, от 9,5 % в Европе до 1,5 % в Азии: *United Nations, Department of Social and Economic Affairs, International Migrant Stock: The 2008 Revision*. URL: <http://esa.un.org/migration/> (дата обращения: 17.12.2009).

⁹⁰ Подробный анализ этого явления см.: *Symposium: The Evolving Concept of Citizenship in Constitutional Law // International Journal of Constitutional Law. Vol. 8. 2010. No. 1. P. 6–155.*

менее стремится быть ограниченной государственными границами и, соответственно, что государство с большей вероятностью является домом для многообразных культур⁹¹.

4. Влияние текущего момента на сравнительные конституционные исследования

Каковы последствия контекста, в котором действуют конституции начала XXI века, для методологии сравнительного конституционного права?

На первый взгляд, большинство произошедших изменений являются катализатором для конвергенции национальных конституционных систем. Более того, хотя бы в той мере, в какой эта конвергенция имеет место, она оказывает влияние на постановку большей части выше нами поставленных методологических вопросов — о подходах к сравнению и о пользе функционального метода; о значимости барьера, который создают культурные различия; о сложности адекватного и глубокого понимания иной системы.

Аргументы в пользу конвергенции относительно понятны. Имело место медленное, но устойчивое распространение некоторых форм демократии и верховенства права, пусть и в минималистском его понимании. Всё больше стран разделяет концепцию конституции как документа, представляющего собой основной закон, черпающий свой авторитет в суверенной воле народа и нуждающийся в серьёзном отношении со стороны государственных институтов, хотя бы в той мере, в какой это касается публичного и международного восприятия. В той или иной степени растёт и признание института судебного надзора над конституционностью действий и деятельности государства, в том числе и законодательство. В содержательной стороне конституций растёт определённое сходство, включая как собственно текст, так и институциональную структуру. Таким же образом, сходству в интерпретации конституций способствует трансграничный судебный диалог. Возможно, существует даже определённая конвергенция ценностей, если придавать значение желанию государств следовать в русле норм конститу-

ционного характера, обозначенных в международном праве⁹². Размышляя об этих тенденциях, Марк Ташнет назвал глобализацию конституционного права «неизбежной», имея в виду как структуры конституционных систем, так и предусмотренную ими защиту прав человека⁹³. Е Цзюньжун и Чан Вэньчэн утверждали, что «у большинства государств... теперь сходные конституции»⁹⁴. Анне Петерс высказывалась в том смысле, что конституции глобализуются как формально, так и содержательно, идентифицируя четыре ключевых принципа, в связи с которыми произошла конвергенция: верховенство права, демократия, социальные гарантии и организация территории⁹⁵. Далее, она доказывает, что, как следствие, национальные конституции теперь всего лишь часть «сложной конституционной системы», поддерживаемой международным правом⁹⁶.

Благодаря разумнее, однако, быть более осторожным. Конвергенция неизбежно является неоднозначной: наиболее чётко она выражена в связи с правами человека (хотя и далеко не охватывает всей этой области), наименее отчётливо проявляется в связи с институциональными чертами конституции⁹⁷. По-прежнему поверхностное сходство может скрывать глубинное различие. Конституционные положения, как бы ни были близки по формулировкам, вероятно, будут иметь различные последствия в различных культурных контек-

⁹² См.: *Von Bogdandy A.* Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany // *Harvard International Law Journal.* 2006. Vol. 47. No. 1. P. 223–242, 225 (автор комментирует взгляды Кристиана Томушата на роль международного права в деле «легитимизации, ограничения и определения политического курса»); *Yeh J.-R., Chang W.-C.* The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. P. 101, 106 (здесь также отмечается, что некоторые нормы международного правового обычая вытекают из общей практики государств и не требуют их эксплицитного согласия).

⁹³ См.: *Tushnet M.* The Inevitable Globalization of Constitutional Law. P. 987.

⁹⁴ *Yeh J.-R., Chang W.-C.* The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. P. 109.

⁹⁵ См.: *Peters A.* Op. cit. P. 271, 305.

⁹⁶ *Ibid.* P. 257.

⁹⁷ См.: *Jackson V.C.* Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience // *Duke Law Journal.* Vol. 51. 2001. No. 1. P. 223–287, 272.

⁹¹ См.: *Cotterrell R.* Law and Culture: Inside and Beyond the Nation State.

стах и на разных стадиях конституционной эволюции. Следовательно, нельзя исходить из допущения, что принципы и институты, заимствованные одним государством у другого, будут функционировать в точности таким же образом даже в том предельно маловероятном случае, если они будут заимствованы во всей своей полноте с формальной точки зрения⁹⁸. Более того, во взаимосвязанном контексте конституции заимствованные институты испытают влияние остальной части конституции, к которой они, вероятно, будут постепенно адаптироваться⁹⁹. Сложность сопоставления ещё обостряется общими формулировками, в которых изложены многие ключевые конституционные понятия, что оставляет существенное пространство для разнообразных толкований. Примером может служить верховенство права, совместимое как с положениями, согласно которым нужно простое соответствие закону, так и с теми, которые требуют, чтобы право отвечало некоторым оговорённым стандартам¹⁰⁰.

Что ещё более важно, у современной глобальной конституционной сцены есть черты, способствующие разнообразию и различиям. О некоторых мы уже чуть раньше говорили: большое число государств с конституциями; недавний бум конституционных инноваций. Кроме того, разнообразию дополнительно способствует новая уверенность в себе многих государств, что касается самоуправления и разработки конституции: они используют свой исторический и культурный опыт как основу для конституционных решений¹⁰¹. В ходе

параллельного развития модель конституционного заимствования становится всё более эклектичной, особенно в новых демократизирующихся государствах¹⁰². Для наших целей отметим, что тот, кто создаёт, использует, интерпретирует, применяет и анализирует конституции, теперь с большей вероятностью будет черпать вдохновение среди постоянно разрастающегося множества доступных источников, а не ограничиваться единственной правовой или конституционной традицией¹⁰³. Менее привычные комбинации институций и понятий, соответственно, вызывают и менее предсказуемые результаты¹⁰⁴.

Увеличивающееся разнообразие как потоков информации, так и их влияния в конституционной сфере, знаменующее распад конституционных традиций, имеет другие последствия для сравнительного конституционного права, два из которых мы рассмотрим далее.

Первое из этих последствий связано с состоянием конституционной теории. Мы знаем, что прежние традиционные западные конституционные системы, на базе которых появилось большинство возникших в XIX и XX веках конституций мира, были тесно переплетены с историческим опытом соответствующих государств и обосновывались теориями, опиравшимися на этот опыт¹⁰⁵. Со временем

M. Maussen, P. Shah. Farnham : Ashgate, 2009. P. 31–47.

¹⁰² См.: Yeh J.-R., Chang W.-C. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. P. 122.

¹⁰³ Использование иностранного права Конституционным судом Индонезии описано судьёй Хьюроно в работе «Индонезийский конституционный суд» (*Harjono. The Indonesian Constitutional Court*. URL: <http://www.court.go.kr/home/english/introduction/pdf/05.pdf> (дата обращения: 17.12.2009)). Судья подчёркивает, однако, что внешние источники не используются как основные и ограничены «тщательно изученной... практикой конституционных судов дружественных стран».

¹⁰⁴ Приведём в качестве примера адаптацию модели бундесрата ФРГ для создания Национального совета провинций ЮАР. См.: Murray C. Republic of South Africa // Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries / ed. by K. Le Roy., Ch. Saunders. Quebec : McGill-Queen's University Press, 2006. P. 259–288.

¹⁰⁵ Ср., например, связь между логикой дела *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) и признанием писаных конституций как основного закона и связь между теориями Ганса Кельзена и структурой и функциями специального конституционного суда. См. также: *Öhlin-*

⁹⁸ По этой причине в контексте частного права Тойбнер описывает такую трансплантацию, как «раздражающую». См.: Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences // *Modern Law Review*. Vol. 61. 1998. No. 1. P. 11–32.

⁹⁹ Примером может служить принятие «швейцарского» принципа внесения конституционных поправок через референдум в Австралии, с её культурой парламентского суверенитета.

¹⁰⁰ См.: The Rule of Law: History, Theory And Criticism / ed. by P. Costa, D. Zolo. Dordrecht : Springer, 2007; Kahn P. W. Comparative Constitutionalism in a New Key // *Michigan Law Review*. Vol. 101. 2003. P. 2677–2705.

¹⁰¹ Эти решения, в свою очередь, могут быть далее адаптированы другими странами. Пример см. в работе: Menski W. Indian Secular Pluralism and Its Relevance for Europe // *Legal Practice and Cultural Diversity* / ed. by R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari, A. J. Hoekema,

эти теории продолжали дополнительно оттачиваться, опять же с опорой на исторический опыт. Что происходит с этими теориями в круговороте конституционной трансплантации? Существует несколько возможностей: эти теории также переносятся на новую почву, но в отрыве от исторических корней; в государствах-реципиентах возникают местные теории, с перспективами, имеющими значение для глубины конвергенции; «пересаженные» положения лишь в незначительной степени сопровождаются теорией, если сопровождаются ею вообще (и это также имеет последствия для самой дисциплины); наконец, все эти более локализованные теории замещаются другими, которые стремятся быть глобальными, но тем не менее нуждаются в проверке реальным опытом государств. Эти вопросы не новы, но их было проще игнорировать во времена, когда трансплантация происходила в рамках более или менее чётко определённых традиций, например в ходе колонизации. Теперь они требуют более пристального внимания с учётом знаний и навыков, предоставляемых сравнительным конституционным правом.

Второй вопрос, который ставит перед нами размывание традиций, — это уже знакомая проблема таксономии. Выше я предположила, что до появления современной фазы глобализации конституционные положения можно было классифицировать по принципу близости к конституционным традициям, которые, в свою очередь, находятся под влиянием традиций правовых, хотя отнюдь не обязательно совпадают с ними по объёму. Для этой цели я использовала понятие традиции в том виде, в каком оно было разработано Патриком Гленном: у него оно определялось через степень влияния и по необходимости имело «расплывчатые» границы¹⁰⁶. Отсюда следует,

что моя концепция таксономии или классификации также несколько расплывчата, давая лишь указания на некоторые характеристики, которые можно обнаружить и которые могут требовать независимой верификации.

Идея классификации через ссылку на конституционную традицию, и без того приближительная, а теперь ещё и перекрытая условиями глобализации, способствующими менее избирательному заимствованию, становится теперь ещё менее удовлетворительной. Поэтому можно спросить, не следует ли вообще отказаться от классификации с отсылкой к традициям. Ответ таков: она по-прежнему полезна применительно ко многим государствам, вероятно к большинству. Динамика зависимости от выбранного пути по-прежнему действует. Имеются определённые предпосылки сохранения, в общих чертах, той же конституционной традиции в терминах непрерывности, привычности и дополнительности к остальной правовой системе. Учёт конституционной традиции по-прежнему имеет некоторый прогностический потенциал: например, в рамках азиатского региона моему пониманию помогает знание того факта, согласно которому Индия испытала существенное влияние англосаксонских конституционных институтов, принципов и практики, а Индонезия — нет.

Тем не менее степень обмена опытом (фигурально выражаясь, «перекрёстного опыления») такова, что к этой классификации надо относиться всё более и более осторожно. В любом случае стоит оговорить существование категории «неприсоединившихся» государств, которые нельзя разумным образом отнести к той или иной традиции даже при обычных для таких случаев оговорках. Может настать время, когда исследователи или начнут рассматривать наблюдения, возникшие на базе несколько иной концепции конституционных «фамильных деревьев» или «родословных»¹⁰⁷, или же вообще оставят генеалогию в пользу преимущественно исторического подхода.

Классификация, основанная на традициях или даже влияниях, по природе своей явля-

ger Th. The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation // *Ratio Juris*. Vol. 16. 2003. No. 2. P. 206–222. Похожее утверждение можно сделать о связи между событиями французской революции и признанием права нации дать себе конституцию. Об этом можно прочитать у аббата Сийеса, в его статье «Что такое третье сословие?»: *Sieyès E.J.* What is the Third Estate? London: Phaidon Press, 1964. P. 119.

¹⁰⁶ См.: *Glenn H.P.* Legal Families and Legal Traditions // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. P. 421–440, 425.

¹⁰⁷ По отношению к частному праву см.: *Örücü E.* Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach // *Epistemology and Methodology of Comparative Law* / ed. by M. Van Hoecke. P. 359–376.

ется исторической и концептуальной. Учитывая характер конституций, полезно было бы иметь и другую, которая учитывала бы и контекстуальную разницу, включая значимость конституции в системе права и государственного управления. В истории было несколько попыток классификации конституций, исходящих из их целей. Например, Карл Лёвенштайн, писавший в 1957 году в геополитическом климате того времени, разграничивал «номинальные», «семантические» и «нормативные» конституции¹⁰⁸. Под влиянием осмысления Конституции ЮАР Касс Санстейн разработал различие между «сохраняющими» и «преобразующими» конституциями¹⁰⁹. В своём вступительном слове на Третьем азиатском форуме конституционного права Е Цзюньжун выделил три «меняющиеся парадигмы» современного конституционализма: традиционный конституционализм, переходный конституционализм и транснациональный конституционализм.

Каждая из этих категоризаций обращает внимание на факторы, которые, возможно, являются значительными параметрами различия конституций для компаративных целей. Более поздние работы Касса Санстейна и Е Цзюньжуна предлагают ещё две идеи. Одна из них заключается в том, что больше невозможно (если и было когда-нибудь возможно) провести строгую границу между нормативной конституцией и другими её типами и что граница между «конституционным» и другими подходами к управлению также может быть нечёткой¹¹⁰. Вторая — в том, что на этой

основе даже внутри той категории конституций, которые могут быть приблизительно описаны как «нормативные», следует провести некоторые важные разграничения.

Выше я предположила, что классификация правовых систем по Маттеи (профессиональная, политическая или традиционная) может быть адаптирована к сравнительному конституционному праву. Подход Маттеи опирается на концепции или модели («паттерны») права, сгруппированные по признаку основного источника влияния на социальное поведение. Его категории представляют собой потенциально полезные суррогаты различных конституционных парадигм, позволяющие также пристальнее взглянуть на разницу между относительно стабильными конституционными положениями и теми, которые находятся в процессе значительных изменений. Таким образом, «профессиональная» концепция конституции может относиться к случаю, когда конституция имеет существенный нормативный эффект, но необязательно действует как закон¹¹¹; в рамках «политической» концепции результаты почти полностью определяются политическим процессом¹¹², а «традиционная» концепция может пониматься как та, которая при принятии решений конституционного типа движима прежде всего религиозными или иными культурными традициями¹¹³.

Уго Маттеи признал, что каждая из этих моделей играет ту или другую роль во всякой правовой системе и что в частных случаях результаты могут определяться одной из менее доминирующих моделей¹¹⁴. Тем не менее он настаивает на классификации правовых систем в соответствии с той моделью, которая считается преобладающей, признавая при этом, что эта гегемония может со временем меняться. Его оговорка о переменных влияниях должна обязательно использоваться и в конституционном контексте. Кроме того, для более нюансированной таксономии консти-

¹⁰⁸ См.: *Chen A. H. Y. A Tale of Two Islands: Comparative Reflections on Constitutionalism in Hong Kong and Taiwan // Hong Kong Law Journal. Vol. 37. 2007. No. 2. P. 647–688, 651* (Стоит обратить внимание на ссылку на Карла Лёвенштайна: *Loewenstein K. Political Power and the Government Process. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1957. P. 147–153*. В этом фрагменте описывается концепция «нормативной» конституции как существенной составляющей практики аутентичного конституционализма).

¹⁰⁹ См.: *Sunstein C. R. Designing Democracy: What Constitutions Do. New York: Oxford University Press, 2002. P. 68*.

¹¹⁰ В связи с этим стоит обратить внимание на понятие конституционного «переломного момента», разработанное Виктором Рамраджем для описания момента, когда «политика конституционализма необратимо сменяется укоренённой конституционной культурой...» (*Ramraj V. Constitutional Tipping Points: Sustainable*

Constitutionalism in Theory and Practice. Эта работа представляет собой его доклад на Третьем азиатском форуме конституционного права (25 сентября 2009 года; стенограмма депонирована в библиотеке Национального университета Тайваня).

¹¹¹ См.: *Mattei U. Op. cit. P. 23*.

¹¹² См.: *Ibid. P. 28*.

¹¹³ См.: *Ibid. P. 35*.

¹¹⁴ См.: *Ibid. P. 14*.

туций может быть полезно разработать подход, при котором можно принять во внимание и пропорциональный вклад каждой из оказавших влияние моделей, пусть и определённой лишь приблизительно.

Ещё одно, заключительное замечание о современном конституционном мире связано с возникновением конституционного плюрализма, отражающего тот факт, что, по крайней мере в некоторых государствах, конституция находится в состоянии конкуренции с другими правовыми порядками¹¹⁵.

Напомним, что сравнительное право долгое время пребывало под впечатлением от различных форм плюрализма в границах государства. Критики утверждали, что доминирование в правовой компаративистике именно западных правоведов привело к тому, что роль права государств преувеличивается, а необходимость связности правовой системы завышается за счёт оценки иных, иногда конкурирующих, правовых и неправовых норм, которые могут существенно влиять на социальное поведение¹¹⁶. Это восприятие было более значительным в сфере частного права, чем публичного, хотя имело некоторые последствия и для последнего. Но взаимопроникновение внутреннего конституционного и публичного международного права создало дополнительные источники права, оспаривающие монополию и предсказуемость права государств таким образом, что это, несомненно, затрагивает конституционный правовой порядок.

Значительная часть первоначальных попыток осмыслить конституционный плюрализм была стимулирована необычным характером отношений между Европейским Союзом и конституционными положениями государств — членом Союза, что создало два уровня принятия решений, каждый из которых имел «внутренне обоснованные претензии на приоритет»¹¹⁷. Наиболее известная

иллюстрация связана с Германией. Конституционный суд ФРГ очертил свою компетенцию в ряде так называемых «дел *Solange*» (от нем. *solange* — «до тех пор, пока», по названию выработанной в этих делах доктрины. — *Примеч. пер.*), высказавшись в пользу преобладания европейского права над Основным законом Германии, в простом сосуществовании с компетенцией Суда Европейского Союза¹¹⁸. В других регионах мира тоже могли бы быть воспроизведены предприятия, подобные Евросоюзу, со сходными конституционными последствиями, хотя этого ещё не произошло. Тем не менее уже сейчас возможно, принимая во внимание отношения между правовыми порядками в Европе, осознать увеличивающуюся рыхлость границы между конституционным и международным правом, сопровождающуюся некоторым размыванием иерархии между ними, как форму плюрализма, который, по крайней мере сейчас, влияет на государства в различной степени¹¹⁹. Нико Криш утверждает, что конституционный плюрализм имеет преимущества с точки зрения адаптации, пространства для оспаривания решений и создания системы сдержек и противовесов при принятии решений для разнородных сообществ¹²⁰. Если это так, у такого плюрализма может быть потенциал, который может полезно развиваться для разрешения как проблемы разнообразия, так и конфликтов с отдельными государствами.

5. Расширение конституционного генофонда

В подлинно глобальной дисциплине сравнительного конституционного права методология сравнения должна применяться эффек-

¹¹⁵ Диапазон перспектив очерчен в материалах симпозиума «Конституционализм и правовой плюрализм»: Symposium: Constitutionalism in an Era of Globalisation and Privatisation // International Journal of Constitutional Law. Vol. 6. 2008. No. 3–4. P. 371–711.

¹¹⁶ См.: *Twining W.* Globalisation and Legal Theory. P. 232.

¹¹⁷ *Krisch N.* The Case for Pluralism in Postnational Law: London School of Economics, Legal Studies Working Paper No. 12/2009. URL: <http://ssrn.com/abstract=1418707> (дата обращения: 17.12.2009).

¹¹⁸ *Solange I*, BVerfGE 37; *Solange II*, BVerfGE 73, Brunner, BVerfGE 89; *Solange III*, 2 BvE 2/08. См.: *Ziller J.* Solange III (or the Bundesverfassungsgericht's, Europe Friendlyness) On the Decision of the German Federal Constitutional Court Over the Ratification of the Treaty of Lisbon. URL: <http://ssrn.com/abstract=1474698> (дата обращения: 17.12.2009). Окончательную версию статьи Циллера см.: *Ziller J.* The German Constitutional Court's Friendliness towards European Law: On the Judgment of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon // European Public Law. Vol. 16. 2010. No. 1. P. 53–73 (*Примеч. ред.*).

¹¹⁹ См.: *Peters A.* Op. cit. P. 267.

¹²⁰ См.: *Krisch N.* Op. cit.

тивно (и эта эффективность должна быть общепризнанной) к конституционным установлениям во всех частях света. И далее я сведу воедино некоторые общие методологические предложения, учитывающие уроки сравнительного права, сущность конституционного права и глобальный контекст, в котором в начале XXI века действуют конституции.

Первое: понятие конституции как совокупности норм, наделяющих полномочиями публичные институты и ограничивающих их, и такой их совокупности, которая имеет, как правило, статус основного закона, становится всё более и более популярным. Насколько популярным и на каком уровне обобщения — это требует отдельного исследования. Однако в той степени, в которой такое признание осуществилось, оно обеспечивает платформу для более широкого и более инклюзивного исследования сравнительного конституционного права.

Второе: произошла и, вероятно, будет и в дальнейшем происходить значительная конвергенция самих конституционных установлений, затрагивающая текст, институциональное устройство, интерпретацию и (что носит несколько более умозрительный характер) ценности. Это явление было известно и ранее, до XXI века, но некоторые приметы нашего времени ускорили данный процесс. Конвергенция делает более удобным сравнение конституций и уже в силу этого полезна для наших целей¹²¹. Однако это ещё не значит, что она является явным благом. Мир XXI века ещё не достиг совершенства в разработке и функционировании конституционных установлений, в их положительном восприятии или эффективности. В разнообразии подходов к конституционному управлению и в степени конкуренции между ними есть преимущества; действительно, это одна из причин для выбора более глобального подхода к сравнительному конституционному праву. По мере того как меняются условия, с которыми должна считаться конституция, требуется внесение в неё изменений.

Третье соображение: степень конвергенции не следует преувеличивать. Все конституции различаются, как по форме, так и по функционированию. Конституционные понятия имеют различные значения в различных системах. В любом случае конституции являются сложными организмами. Наконец, в той или иной степени любая конституция испытывает влияние многих факторов, таких как влияние собственной истории, включая обстоятельства создания; отпечаток контекста, в котором она функционирует; воздействие часто неартикулированных допущений, на которые она опирается; приоритет тех или иных ценностей; наличие в конституции тенденции развиваться со временем собственные органические характеристики. Под воздействием конвергенции значимость этих параметров может быть смягчена, но вряд ли сведена к нулю.

Четвёртое: вполне правдоподобно, что современные конституции являются также и катализаторами разнообразия. Это зависит от степени конституционных инноваций; возникновения новых моделей влияния и воздействия; различных форм смешения конституционных традиций; растущей уверенности всё большего числа государств в собственных силах; наконец, от возрождающихся время от времени националистических импульсов. Если наше восприятие этих противоречивых сил верно, сравнительный конституционный метод может быть в ряде отношений иным, но сложных задач при этом необязательно будет меньше.

Пятое: неустранимость различий влияет на замысел компаративного исследовательского проекта и на способ его осуществления. Понимание причин, по которым те или иные конкретные конституционные положения существуют в конкретном государстве и функционируют на практике, часто требует либо исторического, либо контекстуального анализа, либо того и другого. Тем не менее часто для построения сравнительного проекта уместен функциональный подход — либо дополненный иными методиками, либо нет. В этом случае трудность заключается в том, чтобы установить, что рассматриваемая функция в сравниваемых юрисдикциях действительно эквивалентна и сопоставима; чтобы учитывать, что механизмы, при помощи которых эта функция осуществляется, могут

¹²¹ См.: Michaels R. Op. cit. P. 370 (об условиях допустимости сравнений в контексте функционалистского метода). В более общем виде об этом см.: Valcke C. Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems // American Journal of Comparative Law. Vol. 52. 2004. No. 3. P. 713–740.

выполнять во внутренне взаимосвязанной конституционной системе разнообразные роли; чтобы не упускать из виду влияние контекста и культуры на способ осуществления функций.

Шестое: эти изменения требуют пересмотра прежних подходов к таксономии, хотя полностью отказываться от них преждевременно. Системы классификации конституций способны впадать в ошибку при включении объектов в схему классификации. Целью должно стать построение такой таксономии, которая сможет охватывать конституционные системы стран мира, но также принимать в расчёт эволюцию, учитывать маргинальные случаи и не привлекать осмысление конституций к соответствующему опыту традиционных конституционных государств. В настоящее время я стремлюсь выстроить многоуровневую, но гибкую таксономическую схему, которая сочетает конституционную традицию, должным образом настроенную для учёта влияния других факторов, схему, которая принимает во внимание географический регион (для учёта элементов культуры) и адаптирована к классификационной схеме, предложенной Уго Маттеи. Но всё это требует дальнейшего углублённого продумывания.

Седьмое и наиболее сложное соображение связано с культурой: это, образно выражаясь, такой «слон в комнате», который, если ему придавать слишком большое внимание, делает сравнение вовсе неуместным, но если его игнорировать, делает сравнение поверхностным и обманчивым. Классифицирующий подход, выдвинутый ранее, может учитывать некоторые элементы культуры. Возможно, значение культурных различий может также в некоторой степени уменьшиться и из-за сущности конституционного права как права государств, и из-за последствий глобализации. Однако этого нельзя утверждать с уверенностью. Иначе оценку культурных влияний следует оставить на усмотрение исследователей, занятых разработкой индивидуальных проектов. Решение этой задачи возможно при участии научных сетей и информационных инструментов, которые также являются продуктами глобализации и предлагают механизмы, при помощи которых можно добиваться понимания и проверять выводы.

Заключительный пункт в данном перечне касается плюрализма. В любом государстве

могут быть правовые и неправовые нормы культурного характера, влияющие на функционирование конституции на практике. Но условия интернационализации, наднационального и международного права предоставляют дополнительные источники права, которые влияют в известной степени и разными способами на конституционные установления, причём эти способы варьируются от государства к государству. Сейчас необходимо (а возможно, было необходимо уже и ранее), чтобы исследователи в сфере сравнительного конституционного права занялись феноменом международного права с целью полностью охватить свою собственную дисциплину. Предстоит также, при помощи сотрудничества международных и национальных специалистов по публичному праву, заполнить лауну между универсалистскими допущениями о международном праве и реальностью расхождений между конституциями.

Библиографическое описание:

Сондерс Ч. На пути к глобальному конституционному генофонду // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 6 (115). С. 99–122.

Towards a global constitutional gene pool

Cheryl Saunders

Laureate Professor, University of Melbourne (e-mail: c.saunders@unimelb.edu.au).

Abstract

This essay aims to develop the methodology of comparative constitutional law in a way that draws more comprehensively on world constitutional experience, thus maximising the possibilities of the discipline and of what might be considered to be a global constitutional gene pool. It proceeds in two stages. The first part identifies key methodological challenges for comparative constitutional law, drawing on the literature of comparative law, while taking account of the distinctive character of constitutional law. The challenges examined here are the dichotomy between similarity and difference; the approach to the task of comparison; taxonomy; the impact of culture; and pluralism. The second part of the argument considers the impact on comparative constitutional method of the conditions in which Constitutions operate in the early 21st century, including internationalisation, globalisation and advances in information technology. For a truly global discipline of comparative constitutional law, the methodology for comparison must apply effectively, and be recognised as having effective application, to constitutional arrangements in all parts of the world. In what follows, the author draws together some general propositions about method that take into account of the lessons of comparative law, the nature of constitutional law and the global context in which Constitutions operate at the beginning of this century. This part of the essay aims to show that, while there are considerable contemporary pressures for convergence, with implications for comparative method, other forces foster difference and pluralism, creating

new methodological challenges. The essay is concluded with a series of propositions for the methodology of comparative constitutional law, as a platform for further research and dialogue.

Keywords

global constitutionalism; constitutional law; comparative constitutional law; comparative method; pluralism; globalisation; internationalization; methodology in comparative projects.

Citation

Saunders Ch. (2016) Na puti k global'nomu konstitutsionnomu genofondu [Towards a global constitutional gene pool]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 6, pp. 99–122. (In Russian).

References

- Ackerman B. (1991) *We the people. Vol. 1: Foundations*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Arato A. (2009) *Constitution making under occupation: The politics of imposed revolution in Iraq*, New York: Columbia University Press.
- Arendt H. (1973) *On revolution*, London: Penguin Books.
- Bell J. (2001) *French legal cultures*, London: Butterworths.
- Bell J. (2002) Comparing public law. In: Harding A., Örtücü E. (eds.) *Comparative law in the 21st century*, The Hague: Kluwer Law International, pp. 235–248.
- Bogdandy A. von. (2006) Constitutionalism in international law: Comment on a proposal from Germany. *Harvard International Law Journal*, vol. 47, no. 1, pp. 223–242.
- Boix C., Stokes S. C. (eds.) (2007) *The Oxford handbook of comparative politics*, Oxford: Oxford University Press.
- Byrnes A. (2000) And some have bills of rights thrust upon them: The experience of Hong Kong's Bill of Rights. In: Alston Ph. (ed.) *Promoting human rights through Bills of Rights: Comparative perspectives*, New York: Oxford University Press, pp. 318–392.
- Chen A. H. Y. (2007) A tale of two islands: Comparative reflections on constitutionalism in Hong Kong and Taiwan. *Hong Kong Law Journal*, vol. 37, no. 2, pp. 647–688.
- Choudhry S. (2006) *The migration of constitutional ideas*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Choudhry S. (ed.) (2008) *Constitutional design for divided societies: integration or accommodation?* Oxford: Oxford University Press.
- Costa P., Zolo D. (eds.) (2007) *The rule of law: History, theory and criticism*, Dordrecht: Springer.
- Cotterrell R. (2006) Comparative law and legal culture. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 709–738.
- Cotterrell R. (2008) Law and culture: Inside and beyond the nation state. *Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift*, vol. 31, no. 4, pp. 23–36.
- Dannemann G. (2006) Comparative law: Study of similarities or differences? In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 383–420.
- Dupré C. (2003) *Importing the law in post-communist transitions*, Portland, OR: Hart.
- Eosewong N. (2003) The Thai cultural constitution. *Kyoto Review SouthEast Asia*, no. 3. Available at: <http://kyotoreview.cseas.kyoto-u.ac.jp/issue/issue2/index.html> (accessed 17.12.2009).
- Frankenberg G. (2006) Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology: Toward a layered narrative. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, no. 3, pp. 439–459.
- Gardbaum S. (2002) The new Commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, no. 4, pp. 707–760.
- Gardbaum S. (2008) The myth and the reality of American constitutional exceptionalism. *Michigan Law Review*, vol. 107, pp. 391–466.
- Ghai Y. (2005) A journey around constitutions: Reflections on contemporary constitutions. *South African Law Journal*, vol. 122, no. 4, pp. 804–831.
- Ghai Y., Galli G. (2006) *Constitution building processes and democratization*, Stockholm: International IDEA.
- Ginsburg T., Chernykh S., Elkins Z. (2008) Commitment and diffusion: How and why national constitutions incorporate international law. *University of Illinois Law Review*, vol. 2008, no. 1, pp. 201–237.
- Ginsburg T., Elkins Z., Blount J. (2009) Does the process of constitution-making matter?. *Annual review of law and social science*, vol. 5, pp. 201–223.
- Ginsburg T., Elkins Z., Melton J. (2009) The lifespan of written constitutions. *The Record (Alumni Magazine)*, Spring. Available at: <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/lifespan> (accessed 13.12.2009).
- Glenn H. P. (2006) Legal families and legal traditions. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 421–440.
- Glenn H. P. (2007) *Legal traditions of the world*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press.
- Gordley J. (2003) The universalist heritage. In: Legrand P., Munday R. (eds.) *Comparative legal studies: Traditions and transitions*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 31–45.
- Harding A. (2002) Comparative public law: Some lessons from south east Asia. In: Harding A., Örtücü E. (eds.) *Comparative law in the 21st century*. The Hague: Kluwer Law International, pp. 249–266.
- Hart V. (2003) Democratic constitution making. *USIP: Special Report*, vol. 107, July. Available at: <http://www.usip.org/files/resources/sr107.pdf> (accessed 17.12.2009).
- Hirschl R. (2005) The question of case selection in comparative constitutional law. *American Journal of Comparative Law*, vol. 53, no. 1, pp. 125–155.
- Hoecke M. van, Warrington M. (1998) Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: Towards a new model for comparative law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, pp. 495–536.
- Ibhawoh B. (2000) Between culture and constitution: Evaluating the cultural legitimacy of human rights in the African State. *Human Rights Quarterly*, vol. 22, no. 3, pp. 838–860.
- Jackson V. C. (2001) Narratives of federalism: Of continuities and comparative constitutional experience. *Duke Law Journal*, vol. 51, no. 1, pp. 223–287.
- Jackson V. C., Tushnet M. (2002) *Defining the field of comparative constitutional law*, Westport, CT: Praeger.
- Kahn P.W. (2003) Comparative Constitutionalism in a New Key. *Michigan Law Review*, vol. 101, August, pp. 2677–2705.
- Kahn-Freund O. (1974) On uses and misuses of comparative law. *Modern Law Review*, vol. 37, no. 1, pp. 1–27.
- Keitner C. I. (2009) *Rights beyond borders*: Unpublished manuscript. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1480886> (accessed 17.12.2009).
- Kleinheisterkamp J. (2006) Development of comparative law in Latin America. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 261–304.
- Klug H. (2000) *Constituting democracy: law, globalism, and South Africa's political reconstruction*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Knop K., Michaels R., Riles A. (2010) International law in domestic courts: A conflict of laws approach. *Proceedings American Society of International Law*, vol. 103, P. 269–274.

- Krisch N. (2009) *The case for pluralism in postnational law*. London School of Economics, Legal Studies Working Paper No. 12/2009. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1418707> (accessed 17.12.2009).
- Legrand P. (2003) The Same and the Different. In: Legrand P., Munday R. (eds.) *Comparative legal studies: Traditions and transitions*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 240–311.
- Legrand P. (2008) Comparative legal studies and the matter of authenticity. *Journal of Comparative Law*, vol. 1, no. 2, pp. 365–460.
- Loewenstein K. (1957) *Political power and the government process*, Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Londras F. de. (2010) Dualism, domestic courts, and the rule of international law. In: Sellers M., Tomaszewski T. (eds.) *Ius gentium: The rule of law in comparative perspective*, Dordrecht: Springer.
- Loughlin M., Walker N. (eds.) (2007) *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*, Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick N. (2007) *Institutions of law: An essay in legal theory*, Oxford: Oxford University Press.
- MacFarlane P. (2006) Some challenges facing legal strengthening projects in small Pacific Island states. *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, vol. 4, no. 1, pp. 103–112.
- Mattei U. (1997) Three patterns of law: Taxonomy and change in the world's legal systems. *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, no. 1, pp. 5–44.
- Menski W. (2006) *Comparative law in a global context*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Menski W. (2009) Indian secular pluralism and its relevance for Europe. In: Grillo R., Ballard R., Ferrari A., Hoekema A. J., Maussen M., Shah P. (eds.) *Legal practice and cultural diversity*, Farnham: Ashgate, pp. 31–47.
- Michaels R. (2006) The functional method of comparative law. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 339–382.
- Moehler D. (2008) *Distrusting democrats: Outcomes of participatory constitution making*, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.
- Munday R. (2003) Accounting for an encounter. In: Legrand P., Munday R. (eds.) *Comparative legal studies: Traditions and transitions*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 3–30.
- Murray C. (2006) Republic of South Africa. In: Le Roy K., Saunders Ch. (eds.) *Legislative, executive and judicial governance in federal countries*, Quebec, Canada: McGill-Queen's University Press, pp. 259–288.
- Nelken D., Feest J. (eds.) (2001) *Adapting legal cultures*, Portland, OR: Hart.
- Nijman J., Nollkaemper A. (eds.) (2007) *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford: Oxford University Press.
- Noda Y. (1989) *Introduction to Japanese law*, Tokyo: University of Tokyo Press.
- Öhlinger Th. (2003) The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation. *Ratio Juris*, vol. 16, no. 2, pp. 206–222.
- Örücü E. (2004) Family trees for legal systems: Towards a contemporary approach. In: Van Hoecke M. (ed.) *Epistemology and methodology of comparative law*, Portland, OR: Hart, pp. 359–376.
- Örücü E. (2004) *The enigma of comparative law: Variations on a theme for the twenty-first century*, Boston, MA: Martinus Nijhoff.
- Peters A. (2007) The globalization of state constitutions. In: Nijman J., Nollkaemper A. (eds.) *New perspectives on the divide between national and international law*, New York: Oxford University Press, pp. 251–308.
- Plessis J. du (2006) Comparative law and the study of mixed legal systems. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 477–512.
- Prado M. M., Trebilcock M. J. (2009) Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, pp. 341–379.
- Ramraj V. (2009) *Constitutional tipping points: Sustainable constitutionalism in theory and practice*: Paper presented at the Third Asian Forum for Constitutional Law, National Taiwan University, Taipei, Taiwan, 2009, September.
- Rao A. (2009) *The caste question: Dalits and the politics of Modern India*, Berkeley, CA: University of California Press.
- Reimann M., Zimmermann R. (eds.) (2006) *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press.
- Rosen L. (2003) Beyond compare. In: Legrand P., Munday R. (eds.) *Comparative legal studies: Traditions and transitions*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 493–510.
- Sacco R. (1991) Legal formants: A dynamic approach to comparative law (I). *American Journal Comparative Law*, vol. 39, pp. 1–34.
- Sen A. (2006) *Identity and violence: the illusion of destiny*, New York: W.W. Norton.
- Sieyès E. J. (1964) *What is the third estate?* London: Phaidon Press.
- Steiner H. J., Alston Ph., Goodman R. (2008) *International human rights in context: Law, politics, morals*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press.
- Sundberg A. (2008) *Diaspora voting rights in 214 countries of the world*, 2008, April. Available at: <https://www.OverseasVoteFoundation.org/initiatives-summit2008-proceedings> (accessed 17.12.2009).
- Sunstein C. R. (1996) On the expressive function of law. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, no. 5, pp. 2021–2053.
- Sunstein C. R. (2002) *Designing democracy: What constitutions do*, New York: Oxford University Press.
- Teubner G. (1998) Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. *Modern Law Review*, vol. 61, no. 1, pp. 11–32.
- Tushnet M. (1999) The possibilities of comparative constitutional law. *Yale Law Journal*, vol. 108, pp. 1225–1309.
- Tushnet M. (2006) Comparative constitutional law. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1225–1257.
- Tushnet M. (2009) The inevitable globalization of constitutional law. *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, no. 4, pp. 985–1006.
- Twining W. (2000) *Globalisation and legal theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Twining W. (2009) *General Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Valcke C. (2004) Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems. *American Journal of Comparative Law*, vol. 52, no. 3, pp. 713–740.
- Watson A. (2004) Legal culture v. legal tradition. In: Van Hoecke M. (ed.) *Epistemology and methodology in comparative law*, Portland, OR: Hart, pp. 1–6.
- Yeh J.-R., Chang W.-C. (2008) The emergence of transnational constitutionalism: Its features, challenges and solutions. *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 27, no. 1, pp. 89–124.
- Yeh J.-R., Chang W.-C. (2009) The changing landscape of modern constitutionalism: East Asian perspective. *National Taiwan University Law Review*, vol. 4, no. 1, pp. 145–183.
- Zweigert K., Kötz H. (1997) *An introduction to comparative law*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press.