

Политика и догматика конституционного права*

В. Е. Кондуров

Для цитирования: Кондуров В. Е. Политика и догматика конституционного права // Правоведение. 2024. Т. 68, № 4. С. 516–535. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2024.403>

В связи с развитием тенденций постглобализации основной фокус внимания правовой науки сосредоточен на политике права. Будучи семантически непростым понятием, политика права вызывает тем большие трудности в контексте конституционного права, поскольку нормы последнего уже сами по себе имеют определенную целевую направленность, а также оказывают правовое воздействие на все отрасли права. Предлагается выделение в конституционной политике двух аспектов: практико-деятельностного (конституционно-правовая политика как практическая деятельность) и эпистемологического (политика конституционного права как наука). При этом в практико-деятельностном аспекте под конституционной политикой предлагается понимать реализацию конституционных ценностей посредством изменения текста конституции и/или преобразования смысла ее положений в процессе их интерпретации и конкретизации. Наука же политики конституционного права может оказывать дисциплинирующее воздействие на конституционную политику, защищая конституционные ценности и конституционную идентичность политического сообщества. Вместе с тем интерес к политике права не должен исключать из внимания конституционалистов проблемы догматики, разработка которых тесно связана с текущими политико-правовыми вопросами. Юридическая догматика, состоящая в первую очередь в анализе и выявлении содержания понятий, их систематизации, применительно к конституционному праву, сталкивается с рядом сложностей, обусловленных спецификой ключевых концептов данной отрасли. Значительная часть основополагающих конституционно-правовых понятий, обладая более или менее статичным смысловым ядром, оказывается фундаментально связанной с особенностями конкретного порядка, что предопределяет некоторую подвижность семантических границ соответствующих понятий. Указанная специфика диктует новые пути развития догматики конституционного права, в частности обращение к истории и социологии понятий как возможным дополнениям юридического метода. Обновленная с их помощью догматика конституционного права может оказать дисциплинирующее влияние на конституционную политику, поскольку укажет на неизменные границы полемических понятий. Вместе с тем ни конституционная политика, ни наука политики конституционного права, ни даже догматика конституционного права сами по себе не способны организовать собственную структуру без более общего взгляда из перспективы конституционного идеала, разработка которого, по-видимому, должна стать предметом иной дисциплины — философии конституционного права.

Ключевые слова: политика права, конституционная политика, политика конституционного права, догматика права, догматика конституционного права.

Кондуров Вячеслав Евгеньевич — канд. юрид. наук, доц., Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9; <https://orcid.org/0000-0002-7331-4305>, v.kondurov@spbu.ru

* Статья подготовлена при поддержке Российского научного фонда, научный проект № 23-28-00973 «Догма публичного права в условиях постглобализации».

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2024

Введение

В современной правовой науке юридическая догматика традиционно ассоциируется со стерильным и пустым обобщением положений действующего права, со схоластичной (а потому ни к чему не ведущей и безразличной к реалиям общества) систематикой, а то и вовсе с простым прикрытием политической позиции за мнимой научной нейтральностью.

«Бренд» политики права, напротив, только набирает сторонников, и все чаще слышны голоса о необходимости ее обстоятельной разработки. Считается, что политика права становится особенно актуальной в эпоху перемен, кризисов и неопределенности¹, когда на повестке дня стоит не столько вопрос о правильном применении действующего права, сколько о перспективах его развития, сохранении идентичности и постановке целей правового развития суверенного сообщества.

Как отмечается в литературе, мир находится в ситуации «постглобализации» ввиду обострения тенденций поиска, развития национальных и региональных идентичностей, возврата к усилению роли национальных государств (реглобализация) в противовес единообразию культурных, экономических и политических систем². В этом отношении постановка вопроса о политике права в сложившихся условиях как будто бы является куда более актуальной. В ситуации неопределенности будущего особое значение приобретают вопросы поиска собственного образа будущего.

Состоявшаяся летом 2023 г. в стенах Санкт-Петербургского государственного университета конференция по проблемам политики права³ показала, что ряд отраслевых дисциплин, таких как, например, уголовное право, ввиду давнего интереса к проблемам уголовной политики наработали определенную концептуальную базу. Вместе с тем общетеоретическое значение политики права, ее связь с догматикой, в особенности в конституционном праве, все еще вызывают определенные вопросы, связанные в том числе с целевой спецификой самих конституционных норм, со статусом конституционного акта как ориентира для всей правовой системы, с политико-правовой природой конституции и т. д. Эти вопросы кажутся тем более важными, что конституционная политика неизбежно будет оказывать влияние на все отрасли права и, следовательно, на отраслевые политики.

Сложно спорить с распространенным тезисом, что догматика сосредоточена на праве «как оно есть», а политика — на том, «которое должно быть». Это в целом верное положение нуждается в уточнении.

В статье мы *проблематизируем* отношения догматики конституционного права и конституционно-правовой политики, а также наметим контуры дальнейшей концептуальной работы для прояснения соответствующих отношений. Для достижения данной цели мы, во-первых, исследуем смысл понятия «политика права» с учетом как современного употребления, так и того значения, которое было у него в прошлом; во-вторых, принимая во внимание результаты первого этапа, раскроем видовое по отношению к «политике права» понятие конституционной политики как практической деятельности и как науки; в-третьих, определим специфику догматики конституционного права и покажем ее влияние на конституционную политику.

¹ Hippe E., von. Grundfragen der Rechtspolitik // Juristen Zeitung. 1984. Nr. 21. S. 953.

² Белов С. А. Реглобализация и ее значение для права // Журнал российского права. 2023. Т. 27, № 12. С. 55–56.

³ Научно-практическая конференция «Правовая политика государства // Санкт-Петербургский государственный университет. 29 июня 2023 г. URL: <https://law.spbu.ru/events/event2023-06-29/> (дата обращения: 07.12.2023).

1. Политика права и правовая политика

Политика права — сложное понятие, ни семантическое значение⁴, ни даже исторический генезис⁵ которого не ясны в полной мере. Представляется, что политика права может пониматься по крайней мере в двух аспектах: 1) как практическая деятельность (деятельностный аспект) и 2) как наука (эпистемологический аспект)⁶. При этом в первом смысле под политикой права понимается целенаправленная деятельность органов публичной власти (и/или институтов гражданского общества)⁷, которая либо имеет правовой характер, т. е. соответствует праву⁸, либо же происходит в правовой сфере, т. е. связана в первую очередь с регулированием социальных отношений средствами правового воздействия⁹. В эпистемологическом же смысле политика права понимается как наука, точнее — она представляет собой телеологический раздел юридической науки, призванный рационализировать цели правового воздействия и пути достижения соответствующих целей в свете совершенствования человеческого общества, приближения его к правовому идеалу¹⁰. Также в сходном ключе правовая политика может интерпретироваться в контексте структуры правосознания, как совокупность представлений о «средствах воздействия на правовую ситуацию в обществе в целях приближения к правовому идеалу»¹¹.

Считается, что в дореволюционном правоведении преобладало понимание политики права как науки, в советском — как практической деятельности¹².

⁴ Коробова А. П. О многозначности понятия «правовая политика» // Правоведение. 1999. № 4 (227). С. 156–165; Staff A., von. *Rechtspolitik und Rechtsdoktrin* // Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 1928. Bd. 84, H. 2. S. 363; Liebl K. *Rechtspolitik* // Wörterbuch zur Inneren Sicherheit / Hrsg. M. von Gasch, H.-J. Lange. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften; Springer, 2006. S. 270–274.

⁵ Так, в качестве создателей правовой политики указываются, например, И. Бентам (*Liebl K. Rechtspolitik*. S. 270) и Б. Констан (*Малько А. В. От политики права к правовой политике* // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 3 (85). С. 11).

⁶ В науке также предлагается деление современных подходов к правовой политике на три вида: идеологический, идеолого-деятельностный и деятельностный (*Правовая политика. Право. Правовая система: монография* / А. В. Малько, Р. С. Байниязов, С. А. Белоусов, А. З. Болгатырёв и др.; под ред. А. В. Малько. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 7). Тем не менее в рамках настоящей статьи мы не можем принять такое деление, поскольку, опуская эпистемологическое содержание политики права, оно не отражает всей гаммы возможных смыслов данного понятия, хотя в общем и является корректным, если учитывать актуальное словоупотребление.

⁷ В целом в науке сложился относительный консенсус в части включения в субъектов правовой политики иных, помимо властных, субъектов. Так, в германской правовой науке пишут, в частности, о правовой политике отдельных партий (*Maihofer A. Zum Dilemma GRÜNER Rechtspolitik* // Kritische Justiz. 1988. Vol. 21, Nr. 4. S. 432–441; *Pichl M., Dömming E., von. Autoritäre Inszenierung und Umdeutung — Die Rechtspolitik der «Alternative für Deutschland»* // Kritische Justiz. 2020. Nr. 3. S. 299–310; *Perels J. Sozialistische Rechtspolitik im Angesicht der Konterrevolution: Reichsjustizminister Gustav Radbruch* // Kritische Justiz. 2005. Vol. 38, Nr. 4. S. 407–417).

⁸ См.: *Пермяков Ю. Е. Введение в основы уголовной политики*. Самара: Самарский университет, 1993. С. 6; *Матузов Н. И. Понятие и основные приоритеты российской правовой политики* // Правоведение. 1997. № 4. С. 9.

⁹ В сходном смысле о правовой политике говорят как об «управлении позитивным правом» (*Рыбаков О. Ю., Тихонова С. В. Правовая политика как управление позитивным правом: новая версия теории правовой политики* // Lex Russica. 2015. Т. 100, № 3. С. 7–18). Впрочем, вопрос о соотношении политики права и управления посредством права — это отдельная немаловажная проблема.

¹⁰ Например, «действенной любви» (см.: *Петражицкий Л. И. Теория и политика права*. СПб.: Юридическая книга, 2010. С. 557–569).

¹¹ *Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория прав: учебник*. СПб.: Изд. дом С.-Петерб. ун-та, 2005. С. 167.

¹² Об этом см., напр.: *Малько А. В. От политики права к правовой политике*. С. 11–25.

Во многом это действительно так, хотя, анализируя отношения догматики и политики права, некоторые авторы задавались и более общими вопросами, например о влиянии на догматический анализ политических взглядов или о политическом бессилии догматики совершить либеральные реформы¹³, тем самым включая в исследовательскую перспективу несколько иные смыслы, не связанные напрямую с содержанием политики права как науки. Тем не менее взгляд на политику права как на дисциплину, которая «занимается вопросами *de lege ferenda*, т. е. ставит цели правотворчеству, находит лучшие пути его осуществления и служит тем самым законодателю»¹⁴, был наиболее распространенным¹⁵. При этом речь шла о том, чтобы анализировать развитие права системно в свете этического идеала¹⁶.

На современном этапе в отечественной правовой науке господствует комплексный взгляд, отчасти объединяющий понимание правовой политики и как практической деятельности особого рода, и как науки. Так, А. В. Малько понимает под правовой политикой «научно обоснованную, последовательную и системную деятельность государственных органов и институтов гражданского общества по созданию эффективного механизма правового регулирования...»¹⁷. Соответственно, если политика как деятельность должна быть *научно* обоснованной, предполагается и существование науки, в рамках которой такое обоснование должно происходить.

Вместе с тем в современной литературе встречаются и интерпретации, которые делают акцент на эпистемологическом смысле правовой политики. Так, характеризуя политику права, А. Г. Карапетов видит в ней не столько деятельность, сколько своеобразную научную традицию, которая специфична не только своим предметом (право как оно должно быть), но и инструментарием (методы, взятые из смежных с правом дисциплин), а также целями (формулирование предложений правотворцу по наиболее эффективному и справедливому правовому регулированию)¹⁸.

Имея в виду описанный плюрализм значений, мы будем употреблять термин «правовая политика» для именованной соответствующей практической деятельности, а термин «политика права» или «наука политики права» — для обозначения соответствующей науки. В первом приближении общим у этих двух понятий является то, что они имеют дело с вопросами права как оно должно быть (*de lege ferenda*). Однако столь широко очерченные предметные границы означают, что политика права как наука (и правовая политика как практическая деятельность) должны заниматься целым рядом вопросов. Так, определение того,

¹³ Лазерсон М. Я. Догматика и политика в германском государствоведении // Юридический вестник. Кн. XIV (II). 1916. С. 21, 29. — При этом, справедливости ради, следует отметить, что М. Я. Лазерсон, будучи учеником Л. И. Петражицкого, конечно, понимает политику права как необходимую юридическую дисциплину, которая призвана дополнить догматику (Там же. С. 17). Однако это не отменяет несколько политизированного характера его атаки на догматику, продиктованную, по-видимому, анти-германскими настроениями, существовавшими во время Первой мировой войны.

¹⁴ См., напр.: Тарановский Ф. В. Историческое и методологическое взаимоотношение истории, догмы и политики права // Журнал Министерства юстиции. 1907. № 3. С. 165.

¹⁵ О дореволюционном понимании политики права, в особенности о вкладе правоведов естественно-правового направления, см.: Куницын А. С. Российская естественно-правовая мысль и политика права: некоторые аспекты соотношения // Правоведение. 2017. № 1 (330). С. 186–204.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Малько А. В. Правовая политика как категория XXI века // Государство и право. 2012. № 11. С. 5–13.

¹⁸ Карапетов А. Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 4. С. 10.

какими должны быть меры наказания за противоправное деяние, каковы пределы правового регулирования отношений внутри семьи, разработка правовых средств борьбы с бездомными животными и вопрос упрощения языка законодательства в равной мере становятся предметами как правовой политики, так и науки политики права, поскольку все они относятся к *de lege ferenda*. В зарубежной правовой науке к основным вопросам в данной сфере относят и такие различные проблемы, как цели правовой политики вообще, определение мер наказания, поиск оптимальных правовых средств регулирования, технику законодательной деятельности (в том числе вопросы языка) и т. д.¹⁹ И если для правовой политики как деятельности это составляет определенную проблему, в особенности в контексте поиска ее общего научного обоснования, то для политики права подобная разобщенность предполагаемых задач губительна, поскольку означает невозможность ясного определения предмета и, помимо прочего, влечет за собой необходимость одновременного использования методов различных смежных дисциплин: философии права, филологии, социологии права, этики, аксиологии, общей социологии и т. д. При столь широком определении предмета и возможных методов наука политики права становится скорее проблемной областью, а не отдельной дисциплиной.

Другая проблема предметного характера связана с неопределенностью ответа на вопрос о том, входит ли в правовую политику как деятельность и в политику права как науку определение целей правового воздействия и их рационализация²⁰. Представляется, что здесь необходимо учитывать следующие соображения.

Во-первых, всякая правовая политика разворачивается лишь в пределах конкретного правового порядка. В то же время возможность определения субъектами целей правовой политики и широта усмотрения в данном вопросе зависят от характеристик соответствующего правопорядка. Вместе с тем, конечно, возможен и другой ограничитель — сама природа права как такового. Даже не вдаваясь в известный спор о понятии права с точки зрения необходимости его связи с моралью или справедливостью, очевидно, что право не может иметь целью отсутствие социального порядка и предсказуемости в общественных отношениях, что уже накладывает определенное ограничение на субъектов правовой политики.

Во-вторых, на современном этапе универсальным определителем целей правовой политики в рамках конкретного правопорядка является конституция, следовательно у субъектов правовой политики не может быть полной свободы усмотрения в данном вопросе. Соответственно, применительно к правовой политике в целом мы можем сделать вывод, что определение ее целей, по крайней

¹⁹ Hippel E., von. Grundfragen der Rechtspolitik.

²⁰ Так, К. Лиебл в словарной статье, посвященной политике права, пишет, что она «занимается вопросами и решениями относительно того, какими правовыми средствами... должны быть достигнуты определенные социальные цели (здесь и далее иностранные источники цитируются в нашем переводе. — В. К.)» (*Liebl K. Rechtspolitik // Wörterbuch zur Inneren Sicherheit / Hrsg. M. von Gasch, H.-J. Lange. Wiesbaden: Springer, 2006. S. 270*), тем самым вынося цели за пределы дисциплинарной границы.

Айке фон Хиппель включает в «основные вопросы» политики права определение целей правовой политики (как деятельности) вообще, хотя остается не до конца ясным, являются ли они предметом политики права в эпистемологическом смысле и подлежат ли научному анализу (*Hippel E., von. Grundfragen der Rechtspolitik*).

М. Ребиндер же, как и следующий за ним В. Ш. Глэзер, включает лишь определение целей правовой политики в ее поле, хотя сами цели являются социальными, т. е. не зависят напрямую от политики: «...правовая политика спрашивает и решает, какие социальные цели должны быть достигнуты с помощью каких правовых средств и какими правовыми способами» (*Glaeser W. S. Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen — Versäumnisse — Forderungen // Archiv des öffentlichen Rechts. 1982. Vol. 107, Nr. 3. S. 338*).

мере на стратегическом и наиболее общем уровне, не может входить в предмет ее деятельности, они являются предзаданными. Вместе с тем на уровне отраслевой правовой политики подобного рода предопределенность становится более относительной. Так, законодатель, даже оставаясь в рамках сущностной цели отрасли права и общей конституционной цели, может осуществлять регулирование отношений, руководствуясь сиюминутными задачами достижения конкретного результата. Кроме того, когда речь идет о правовой политике наиболее фундаментального уровня, т. е. когда, к примеру, ставится вопрос о принятии новой конституции, указанное ранее ограничение конституционной целью вряд ли может быть принято во внимание.

В случае с наукой политики права вопрос еще более осложняется, поскольку гипотетически выработка самих целей, на первый взгляд, вполне может быть включена в предмет данной науки, равно как и конструирование правового идеала, который должен упорядочивать и структурировать систему правовых ценностей. Однако правовая политика как предмет науки политики права является деятельностью по реализации ценностей, их достижению, облечению их в нормативную форму²¹, т. е. правовая политика как практическая деятельность имеет в виду ценности как цели, подлежащие осуществлению. Предметом науки политики права будет являться не разработка ценностей, а предложение и оценка эффективности используемых правовой политикой средств правового регулирования — в перспективе целей-ценностей, которые раскрываются и обосновываются лишь философией права.

Соответственно, более определенные дисциплинарные границы политика права как наука может получить в двух случаях:

1) когда она ограничивает свой предмет различными средствами правового воздействия и рационализации правовой политики, предоставляя философии права разработку учения о правовом идеале, достижению которого должны способствовать эти самые средства²²; в данном случае политика права может заниматься анализом эффективности воздействия тех или иных вариантов регулирования на конкретные социальные отношения в перспективе имеющихся целей и задач;

2) когда она берется в рамках конкретной отрасли права, тем самым становясь наукой о цели отраслевого регулирования и рациональных средствах ее достижения²³.

²¹ Так, Н. Н. Алексеев пишет, что «познание путей... воплощения ценностей... и есть задача правовой тактики или правовой политики» (Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб.: Изд-во С.-Петербург. юрид. ин-та, 1998. С. 205). Очевидно, что в данном случае речь идет о политике права, поскольку акцентируется познавательный аспект понятия. Соответственно, правовая политика как деятельность, будучи предметом данной гносеологической операции, должна означать процесс воплощения ценностей.

²² Альтернативный вариант был предложен Л. И. Петражицким, который полагал, что политика права и теория права входят в общую категорию философии права («*philosophia juris = summa Theoria + summa teleologia (politica) juris*»). При этом политика права мыслилась как практическое учение о высшей цели права. О классификации наук Л. И. Петражицким применительно к политике права, а также о проблемном характере предложенной им классификации см.: Тимошина Е. В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 69–76.

²³ Впрочем, как правило, имеет место комплексный вариант, который предполагает, что конкретная отраслевая политика права исследует и рационализирует пути достижения тех задач, которые поставлены перед отраслью позитивным правом или самой ее природой. Скажем, Франц фон Лист в своем классическом труде «Задачи уголовной политики» определяет политику уголовного права («уголовную политику») как дисциплину, которая призвана на основе данных уголовной социологии и антропологии определить наиболее действенные правовые средства достиже-

Таким образом, с учетом всего ранее сказанного мы определили бы *правовую политику* как практическую деятельность по *реализации правовых ценностей, в частности путем их имплементации в нормативно-правовые формы*. В свою очередь, *политику права* можно определить как науку, предметом которой является изучение и рационализация такой деятельности для нахождения наиболее эффективных и адекватных способов достижения обусловленных ценностями правовых целей.

Далее мы постараемся применить характеристики данных родовых понятий к видовым понятиям, а именно к конституционно-правовой политике как деятельности и к политике конституционного права как науке.

2. Конституционно-правовая политика и политика конституционного права

Термин «конституционно-правовая политика» («конституционная политика») уже давно стал общеупотребительным в отечественной юриспруденции. Впрочем, общим стало и указание на его концептуальную неразработанность и/или неясность²⁴.

По-видимому, первым, кто использовал выражение «конституционная политика», был Бенжамен Констан, опубликовавший в начале XIX в. два тома работы «Курс конституционной политики» (*Cours de politique constitutionnelle*). Вместе с тем нам не удалось обнаружить у Констан четкого определения содержания данного понятия.

Роберт фон Моль, используя данное выражение в статье 1845 г. «Конституционные опыты. Вклад в конституционную политику»²⁵, также не предлагает концептуализации конституционной политики. Содержание же статьи посвящено оценке различных положений конституции Вюртемберга с точки зрения их правильности и полезности. В этом смысле конституционная политика, по-видимому, должна означать рассмотрение вопросов о должном содержании конституционных положений в перспективе метаюридических целей.

В отечественной правовой науке данное выражение встречается, к примеру, во вступительной статье Б. А. Кистяковского к работе Г. Еллинека «Конституции, их изменения и преобразования» (дословно он пишет: «теоретический и практический урок конституционной политики»)²⁶, где оно отсылает одновременно к сочетанию методологических перспектив политики и науки государственного права, а также призвано указать на предмет самого труда — теории изменения текста и преобразования смысла конституционного акта. Напомним, что Г. Еллинек под изменениями имел в виду непосредственно текстуальные правки, вносимые в конституционный акт, а под преобразованием — изменение смысла, которое

ния естественной цели уголовного права — искоренения преступности. Сама же эта цель, строго говоря, выпадает из эпистемологических задач политики уголовного права, она ей предзадана (Лист Ф., фон. Задачи уголовной политики. Преступление как социально-патологическое явление. М.: Инфра-М, 2023. С. 8). Другое дело, что определение более узких целей вполне может рассматриваться как часть науки политики права.

²⁴ См., напр.: Витрук Н. В. Верность Конституции. М.: Изд-во Рос. акад. правосуд., 2008. 226–227; Малько А. В. Теория правовой политики: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 231.

²⁵ Mohl R. Constitutionelle Erfahrungen. Ein Beitrag zur Verfassungs-Politik // Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. 1845. Bd. 2, H. 2. S. 191–233.

²⁶ Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования: Разрешенный автором перевод с немецкого / пер.; под ред. и со вступ. ст. Б. А. Кистяковского. СПб.: Изд. юрид. кн. склада «Право», 1907. С. XI.

осуществляется субъектами различных уровней, в том числе парламентами и институтами правосудия²⁷.

Обобщая сказанное, можно отметить, что для указанных авторов конституционная политика касается вопросов должного содержания (Р. фон Моль) и механизмов изменения конституции, конституционного развития (Г. Еллинек). Тем самым политика конституционного права имеет дело с проблемой должной конституции в формальной (с точки зрения механизмов изменения) и материальной (с точки зрения содержания) перспективах.

В современной российской правовой науке о конституционной (конституционно-правовой) политике говорят, как и о правовой политике, преимущественно в деятельностном аспекте, добавляя требование ее научной обоснованности²⁸ и определенности конституционной целью²⁹.

Исходя из ранее предложенного нами различия политики права (как деятельности) и правовой политики (как науки), мы предлагаем понимать под конституционной (конституционно-правовой) политикой деятельность по реализации конституционных ценностей путем изменения и преобразования конституции. Науку же политики конституционного права можно определить как исследование и рационализацию способов изменения и преобразования конституции для наиболее эффективной и адекватной реализации конституционных ценностей (достижения конституционных целей)³⁰.

Говоря об изменении и преобразовании конституций как о конституционной политике, мы следуем терминологии, предложенной Еллинеком в указанной ранее работе³¹. По этой причине кажущаяся узость предложенных определений не должна вводить в заблуждение: конституционной политикой занимаются различные акторы (парламенты, конституционные суды и др.), которые могут как вносить в конституцию текстуальные изменения, так и преобразовывать смысл ее положений путем их интерпретации³². В отличие от начала XX в., когда вы-

²⁷ Там же. С. 4.

²⁸ См., напр.: Малько А. В. Конституционная политика — правовая основа государственной политики // Социология и право. 2011. № 11. С. 16.

²⁹ С точки зрения значимости конституционной цели вопрос ставит, например, В. Д. Зорькин, отмечая, что конституция должна служить обществу и человеку: «...но вопрос в другом: в соотношении системности — в том, куда все это движется и как должно двигаться, и что предложить практикующим политикам, чтобы они наиболее оптимально использовали Конституцию для того, чтобы государство и общество сохранялись правовыми, а человек был защищен» (Зорькин В. Д. Судить по Конституции и совести // Журнал российского права. 2003. № 9. С. 10). О направленности конституционной политики на защиту прав и свобод пишут и иные авторы: «...конституционно-правовая политика — это основанная и исходящая из конституции важнейшая разновидность правовой политики, представляющая собой деятельность субъектов, наделенных специальными полномочиями, по выработке и обеспечению реализации стратегических, имеющих общегосударственное значение решений, направленных на защиту и охрану основных прав и свобод человека и гражданина» (Захарова Л. Н. Конституционная правовая политика как доминирующая форма правовой политики государства // Юридические записки. 2013. № 2. С. 22).

³⁰ С учетом данного нами определения разработанная Р. Алекси «формула веса» является рационализацией конституционной политики, ставшая результатом ее исследования, а потому представляет собой вариант позитивной политики конституционного права (Алекси Р. Формула веса / пер. с англ. В. В. Архипова // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 208–228). В этом смысле взгляд на принципы как на «требования оптимизации» (*Prinzipien als Optimierungsgebote*) означает, по существу, взгляд на них как на цели конституционной политики, осуществляемой органами публичной власти.

³¹ Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. С. 4.

³² Здесь следует отметить, что Г. Еллинек признает даже революцию вариантом изменения конституции (Там же. С. 5–7), что в определенном смысле делает и народ субъектом конституционной политики. На данном этапе мы сознательно откладываем вопрос о том, входят ли в понятие

ходили ключевые труды Еллинека, сейчас это тем более очевидно, учитывая монопольные полномочия органов конституционной юстиции по интерпретации (а значит, и преобразованию) конституций.

Можно было бы использовать иной — содержательный — критерий определения конституционно-правовой политики, указав, например, на фундаментальный характер отношений, на которые происходит воздействие. Однако в данном случае представляется, что формальный критерий является более точным с точки зрения отделения конституционной политики от других отраслевых политик. Поскольку конституционно-правовые отношения пронизывают всю правовую систему, всякая отраслевая политика в конечном счете может с предметной точки зрения иметь конституционное преломление в смысле реализации конституционных ценностей. Еще более усложняет ситуацию доктрина «горизонтального» действия конституционных прав в отношениях между частными лицами и известная неопределенность термина «фундаментальный» применительно к характеру отношений, составляющих предмет конституционного права. В связи с этим даже решение суда общей юрисдикции по конкретному уголовному или гражданскому делу в итоге может быть интерпретировано как акт реализации конституционных ценностей. Соответственно, предложенный нами критерий следует понимать так, что реализация конституционных ценностей, конечно, происходит не только путем изменения и преобразования конституции, но для конституционной политики именно форма реализации имеет ключевое значение.

В зарубежной правовой науке конституционная политика понимается во многом схожим образом. К примеру, в качестве ее задач указываются изменение, реформа, преобразование и пересмотр конституции³³. Впрочем, могут иметь место и отдельные акценты, например когда при анализе проблем конституционной политики Европейского Союза ставится вопрос о наиболее удачном факторе союзной интеграции (символическая политика, построение идентичности и т. д.). Однако эта проблема рассматривается в перспективе построения порядка, основанного на единой конституции, т. е. речь в конечном счете идет об установлении конституции³⁴. Даже в рамках политической науки конституция (ее разработка и изменение) видится результатом конституционной политики³⁵. Последняя при этом может пониматься и как «способность политической системы адаптироваться к социальным и политическим изменениям, не ставя под сомнение основные упорядочивающие и структурные принципы конституционной демократии»³⁶, что в общем смысле соответствует преобразованию конституции. Последнее же мы также включили в определение конституционной политики.

Определив предмет политики конституционного права как изменение и преобразование конституции в свете конституционных целей (ценностей), мы вновь сталкиваемся с вопросом о том, являются ли такие цели конституции и конституционного права предзаданными для науки политики конституционного права. Иными словами, следует понять, составляет ли вопрос о конституционных ценностях

конституционной политики и, соответственно, в предмет политики конституционного права установление новой конституции, конституционная революция и т. д., поскольку эта проблема потребовала бы слишком обширного пояснения.

³³ Steinberg R. Verfassungspolitik und offene Verfassung // Juristen Zeitung. 1980. 35. Jahrg. Nr. 11/12. S. 388.

³⁴ Bogdandy A., von. Europäische Verfassungspolitik als Identitätspolitik: Theoretische Verortung und Kritik // Kritische Justiz. 2005. Vol. 38, no. 2. S. 121.

³⁵ Glaeßner G.-J., Reutter W. Verfassung, Politik und Politikwissenschaft // Verfassungspolitik und Verfassungswandel Deutschland und Großbritannien im Vergleich / Hrsg. G.-J. von Glaeßner, W. Reutter, C. Jeffery. Wiesbaden: Springer, 2001. S. 10.

³⁶ Ibid. S. 11.

предмет обсуждаемой науки. Должна ли наука политики конституционного права, например, анализировать и оценивать интерпретацию права на частную жизнь конституционными судами ввиду цели данного права или ценности эффекта преобразования конституционного смысла? И если должна, то какие методы она должна применять, чтобы оставаться научно обоснованной, не смешиваясь с политико-идеологическими утверждениями?

Данные вопросы непосредственно касаются предмета науки политики конституционного права и ее методов. Между тем ответ на них на данном этапе можно дать лишь условно. Включение оценки интерпретации того или иного конституционного права ввиду его цели или ценностного эффекта в предмет науки политики права возможно при условии разработки методологии такой оценки. Однако на данном этапе такая методология отсутствует.

Следовательно, наука политики конституционного права сама по себе могла бы стать важным гарантирующим стабильность и конституционную идентичность фактором конституционной политики. Но это означает и необходимость разработки системной методологии, поскольку в условиях возможности применения различных методов отсутствие таковой, вероятнее всего, приведет к тому, что наука политики конституционного права станет лишь риторической стратегией, обладающей той или иной степенью убедительности.

К примеру, вполне понятно, что обоснование законопроекта или правовой позиции может потенциально сочетать различные по природе аргументы, выбор которых требует системности. Конкретный вариант правового регулирования может быть экономически эффективным, но вызывать сомнения с позиции этики; политически целесообразным, но экономически неэффективным. Возможность какого-либо суждения о выборе между этими аргументами с позиции политики конституционного права также требует методологического принципа в основании. Наконец, он же был бы весьма полезен для самой конституционно-правовой политики, поскольку способствовал бы разрешению конкуренции между различными типами аргументов в свете конституционного идеала, описание и анализ которого едва ли входят в задачи науки политики конституционного права.

В условиях же в целом слабой разработанности политики конституционного права представляется, что дисциплинирующим конституционно-правовую политику и стабилизирующим конституционную идентичность фактором могла бы стать конституционно-правовая догматика.

3. Догматика конституционного права

Конечно, истоки догматической юриспруденции принято возводить к самому началу юридической науки как таковой — эпохе глоссаторов³⁷. В целом же в науке существует консенсус, что в чистом виде догматическая юриспруденция и в частном, и в публичном праве оформилась в XIX в.³⁸ как специфический способ изучения действующего права (право как оно есть; *de lege lata*) на основе использования методов формальной логики, истории и герменевтики с целью

³⁷ Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 151–166. — Ф. В. Тарановский утверждает, что уже «римская юриспруденция дала классически законченную систему догматического правоведения», однако такое утверждение, как кажется, содержит серьезное преувеличение (*Тарановский Ф. В.* Историческое и методологическое взаимоотношение истории, догмы и политики права. С. 153).

³⁸ Карапетов А. Г. Политика и догматика гражданского права... С. 9; Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. С. 43.

«формирования согласованной, четко структурированной, а также доступной в дидактических и познавательных целях систематики правовых предписаний»³⁹.

Хотя детальное прояснение понятия юридической догматики не входит в задачи настоящего исследования, все же применительно к публичному праву необходимо определить задачи и приоритеты догматической работы с действующим правом.

То, что догматика публичного права не сводится к комментированию действующего законодательства, видно уже с самого ее зарождения. Так, основополагающая для догматики государственного права работа К. Ф. фон Гербера, по его собственному признанию, вызвана к жизни неясностью основных понятий германского конституционного права и вместе с тем сама по себе является не более чем «ревизией его [государственного права] основных понятий» (*Revision seiner Grundbegriffe*)⁴⁰. Обратившись к тексту работы, мы также не увидим там последовательного комментирования статей конституционных и законодательных актов. Несомненно, фон Гербер их учитывает. Например, говоря о монархе как о государственном органе, он ссылается и на актуальные конституционные акты⁴¹, однако при прояснении самого понятия органа он этого не делает, выводя смысл данного понятия вообще не из действующего германского права⁴².

Другой классический представитель государственно-правовой догматики, П. Лабанд, чьи труды по праву считаются наивысшей точкой развития юридического метода в XIX в., не пренебрегал историко-социальным контекстом, в котором складывался и существовал действующий правовой порядок Германской империи⁴³. Обратившись к его работам, мы так же, как и в трудах фон Гербера, обнаружим не столько комментирование отдельных положений правовых актов, сколько анализ структуры порядка при помощи прояснения ключевых юридических понятий. Так, открыв второй раздел работы Лабанда «Государственное право Германского рейха» (*Deutsches Reichstaatsrecht*), мы увидим, что в первую очередь он проясняет смысл основных понятий, проводит концептуальные различия (*begriffliche Unterscheidung*)⁴⁴, которые уже в дальнейшем будут использоваться в связи с исследованием юридической природы отдельных институтов: сначала выработка понятий (§ 2), а затем уже анализ действующего права и вывод о правовой природе Рейха (§ 3). Как пишет сам Лабанд, «для научной обработки необходимо определить концептуальные характеристики» (*für die wissenschaftliche Behandlung ist es erforderlich, die begrifflichen Merkmale festzustellen*)⁴⁵.

Тем самым задачей германской публично-правовой догматики являлось не комментирование статей имперской конституции, но выявление природы правового института, органа, компетенции на основе действующего права при помощи правовых понятий, а также прояснение этих понятий и приведение их в систему. На принципиальную важность концептуального аспекта догматики Лабанд указывает и в предисловии ко второму изданию указанного труда, когда отмечает, что в условиях установленного конституционного порядка Германского рейха особое значение приобрело «понимание самой конституции, познание основных принципов и вытекающих из них последующих положений, научный

³⁹ Карапетов А. Г. Политика и догматика гражданского права... С. 9.

⁴⁰ Gerber C. F., von. Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht. Leipzig: Tauchnitz, 1865. S. VII–VIII.

⁴¹ Ibid. S. 71–72.

⁴² Ibid. S. 70.

⁴³ Laband P. Deutsches Reichstaatsrecht. B. I. Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1907. S. 1–14.

⁴⁴ Ibid. S. 19.

⁴⁵ Ibid. S. 17.

анализ созданных правовых понятий (курсив наш. — В. К.)»⁴⁶. В связи с данным фрагментом В. Г. Камбуров указывает, что для уяснения конституционных оснований действующего германского права требовался «анализ вновь возникших публично-правовых отношений, определение юридической природы их и “отыскание” *общих правовых понятий* (курсив наш. — В. К.)»⁴⁷.

Позднее Еллинек, отнесение которого к классической публично-правовой догматике, впрочем, вызывало сомнение уже при его жизни⁴⁸, пишет о юридическом методе применительно к учению о государстве не как о простой систематизации правовых положений и/или о комментировании, но как о методе, применимом к установлению и развитию принципов учения о государственном праве⁴⁹. И хотя он справедливо сознает ограниченность данного метода (как и всякого иного), он указывает на его необходимость и незаменимость⁵⁰.

Таким образом, с самого начала догматика публичного права являлась в первую очередь выработкой и анализом публично-правовых понятий, что, конечно, не отменяет сосредоточенности классических догматиков на позитивном праве и его анализе. Следовательно, догматика конституционного права предполагает взгляд на конституцию как на систему правовых положений и составляющих их конституционно-правовых понятий. Целью же такой догматики является, соответственно, прояснение их смысла и систематизация.

Вместе с тем дальнейшее совершенствование и работа с юридическим методом в области публичного права автоматически не означает возрождения классического юридического позитивизма XIX в. Последний был продиктован ситуацией той эпохи⁵¹ и вряд ли может считаться на данный момент хоть в какой-то мере эпистемологически оправданным. Однако и сам догматический метод в условиях современного конституционного права не может оставаться прежним. Как справедливо отмечают А. М. Михайлов и А. М. Корженяк, в период классической юридической догматики (Лабанд) конституция не знала ни основных прав⁵², ни конституционной юстиции⁵³.

Действительно, семантическая открытость многих конституционных положений об основных правах, равно как и конституционная юстиция, существенным образом повлияла на современное конституционное право. В институциональном

⁴⁶ Камбуров В. Г. Юридический метод в государствоведении // Журнал Министерства юстиции. 1903. № 7. С. 143–144.

⁴⁷ Там же. С. 144.

⁴⁸ Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. С. XII.

⁴⁹ «Он [юридический метод] применим к установлению принципов учения о государственном праве и к развитию их содержания» (Еллинек Г. Общее учение о государстве / вступ. ст. И. Ю. Козлихина. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 84).

⁵⁰ «Эта догматика права не может быть заменена иного рода наукой. Однако односторонняя догматика, стремящаяся объять все явления права, этой цели не достигает, ибо, как это уже достаточно выяснено сказанным, она нуждается для плодотворности ее изысканий в пополнении другими посвященными государству дисциплинами» (Там же).

⁵¹ Forsthoff E.: 1) Zur Problematik der Verfassungsauslegung. Stuttgart: Kohlhammer, 1961. S. 36–40; 2) Der Introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung // Der Staat. Vol. 2, Nr. 4. 1963. S. 397.

⁵² Здесь следует оговориться, что если сама конституция Германской империи не имела раздела об основных правах, то таковой, как указывает М. Я. Лазерсон, вполне имели конституции земель, а также отдельные имперские законы (Лазерсон М. Я. Догматика и политика в германском государствоведении. С. 15–16). В противном случае постановка вопроса о субъективных публичных правах, которую мы находим уже у Гербера, вряд ли бы имела смысл. Тем не менее в отсутствие конституционной юстиции их практическое применение и толкование было не столь актуально.

⁵³ Михайлов А. М., Корженяк А. М. Ранний юридический позитивизм в Англии, Германии и России (вторая половина XIX — начало XX в.) (очерки): монография. М.: Юрлитинформ, 2021. С. 183.

отношении достаточно сказать, что субъектами, окончательно определяющими смысл конституционных понятий, стали конституционные суды, что подчинило научную разработку понятий в рамках доктринальной догматики⁵⁴ конституционно-правовой политике⁵⁵. В известном смысле это парадоксальное, цикличное движение, поскольку начала юридического метода, которые фон Гербер впоследствии применил к государственному праву, мы находим как раз в судебной системе — в практике Имперского камерального суда⁵⁶. Другой важнейший аспект изменений — включение в учредительные акты основных прав (особенно социальных). Сказанное вплотную подводит нас к вопросу о специфике понятий современного конституционного права, а следовательно, и его догматики.

Представляется, что конституционно-правовые понятия могут быть разделены на два вида.

В первый из них входят такие понятия, которые мы могли бы условно называть «оперативные» — это, к примеру, «компетенция», «полномочие», «предмет ведения» и т. д. То есть речь идет о понятиях, по своему происхождению политически относительно нейтральных и содержащихся, как правило, в «организационной» части конституций, которая определяет структуру публичной власти.

Во второй вид входят такие понятия, которые ранее или на данный момент имеют политико-полемическое содержание, «понятия борьбы», полемические понятия. Таковыми, например, являются «правовое государство», возникшее в контексте борьбы либеральных сил с германским «бюрократическим» государством⁵⁷, противостоящее абсолютизму понятие разделения властей⁵⁸ или понятие гражданина, имевшее в контексте революционной борьбы четкий полемический посыл в отношении подданства. В равной мере в данную группу понятий входят те, которые принято называть «общие оговорки» (генеральные клаузулы), положения с «открытым» содержанием, отсылающие к внешнему социальному, ценностному или иному значению.

Содержание такого рода понятий неразрывно связано, с одной стороны, с их происхождением, а с другой — с актуальным применением и использованием

⁵⁴ По этой причине мы сомневаемся, что дело обстоит так, как утверждает А. В. Малько, будто конституционная доктрина является составной частью конституционной политики. Последнее могло быть верно для ситуации XIX в., но в данный момент конституционная политика столь нечувствительна к доктринальным положениям (помимо производимых ее же субъектами), что упомянутую доктрину можно в лучшем случае считать весьма опосредованным фактором. Впрочем, автор и сам признает, что академическая доктрина развивается «противоречиво», а основным двигателем является Конституционный Суд Российской Федерации, который является субъектом конституционной политики и помимо всякой доктрины (см.: *Малько А. В.* Конституционная политика — правовая основа государственной политики).

⁵⁵ Об утрате научной конституционной юриспруденцией монополии на определение смысла понятий см.: *Forsthoff E.* Die Umbildung des Verfassungsgesetzes // Festschrift für Carl Schmitt: zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern / Hrsg. H. Barion, E. Forsthoef, W. Weber. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. S. 36–37, 41.

⁵⁶ *Тарановский Ф. В.* Юридический метод в государственной науке. Очерк развития его в Германии. Историко-методологическое исследование. Варшава: Тип. Варш. Учеб. Округа, 1904. С. 1–7. — Конечно, рассмотрение практики Камерального суда в качестве сложившегося юридического метода было бы весьма спорным, однако в том смысле, что некий несистемный прообраз такого метода мы в этой практике находим вполне обоснованно.

⁵⁷ *Schmitt C.* Was bedeutet Streit um den «Rechtsstaat»? // Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 1935. Bd. 95, H. 2. S. 190.

⁵⁸ Нередко забывается, но, к примеру, известная фраза Ш. Л. Монтескье о том, что судья — уста, произносящие слова закона («*Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi*»). — *Монтескье Ш. Л.* О духе законов. М.: Мысль, 1990. С. 145), фактически является полемической по отношению к ситуации абсолютной монархии, где, перефразируя, судья — лишь уста, произносящие слова короля (*Le juge est la bouche qui prononce les paroles du roi*).

в контексте конкретного правового порядка, с господствующей системой самоочевидных для него правовых представлений. Так, в контексте государственно-правовой мысли XIX в. правовое государство — это политическая общность, где парламент, представляющий гражданское общество, эффективно противостоит аппарату исполнительной власти. Современное же понимание правового государства, неразрывно связанное с наличием конституционной юстиции как ограничения власти парламента, если и не противостоит старому значению, то, по крайней мере, несет отличный от него смысл.

Сказанное относится и к конституционным правам. Например, говоря о праве на частную жизнь, мы должны иметь в виду, что сами границы частной жизни будут культурно и исторически обусловленными. Иными словами, наше понимание того, является ли затронутым или нарушенным право на частную жизнь, будет зависеть от нормальных для общества представлениях о границах частной сферы.

Само по себе это не мешает выделить формальный принцип определения частной жизни. Так, когда Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 16 июня 2015 года № 15-П⁵⁹ указывает, что в понятие «частная жизнь» включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если носит непротивоправный характер, — такую правовую позицию вполне можно считать верной. Вместе с тем данный способ отграничения области «частного» явно предполагает предпонимание того, какая собственно область жизни «касается только лица», «не подлежит контролю» и т. д.

При этом «полемические» конституционно-правовые понятия не лишают нас возможности работать с ними с позиций догматики. Тем не менее, поскольку по своей сути они связывают «мир норм» и «мир правовых представлений» конкретного правового порядка, такая догматическая работа имеет некоторые особенности. Адекватное догматическое исследование полемических понятий, их прояснение и разработка предполагают учет, во-первых, истории понятий и, во-вторых, господствующих актуальных представлений об их содержании, т. е. «социологии правовых понятий»⁶⁰.

Ни история, ни социология конституционно-правовых понятий не означают выхода за пределы правовой догматики, поскольку они предполагают апелляцию не к внешним для правовой реальности фактам социальной жизни, поведению, социальным отношениям и т. д., но к концептуальной структуре правовой реальности. В основании такой социологии все еще лежит схоластический понятийный реализм, который, по существу, служит основанием догматического юридического метода⁶¹ и без которого, как справедливо указывает К. Шмитт, никакое подлинно юридическое мышление невозможно⁶². В равной мере являются догматическими

⁵⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 2015 г. № 15-П // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁰ К сожалению, у нас нет возможности в рамках данной работы подробно излагать смысл социологии юридических понятий. Ранее мы неоднократно делали это в предшествующих работах. В качестве общего введения в социологию юридических (правовых) понятий см.: *Кондуров В. Е.* Социология юридических понятий // Научно-образовательный портал «Большая российская энциклопедия». URL: <https://bigenc.ru/c/sotsiologija-iuridicheskikh-poniatii-7a50f6> (дата обращения: 07.12.2023).

⁶¹ О схоластическом реализме формально-юридической школы публичного права см.: *Спекторский Е. В.* Номинализм и реализм в общественных науках // *Юридический вестник.* 1915. Кн. 9 (1). С. 16–17. — О схоластическом реализме школы глоссаторов см.: *Михайлов А. М.* Генезис континентальной юридической догматики. С. 137.

⁶² «...Подлинное юридическое мышление [является] понятийным реализмом» (*Шмитт К.* О трех видах юридического мышления // Шмитт К. Государство: Право и политика / пер. с нем. и вступ. ст. О. В. Кильдюшова; сост. В. В. Анашвили, О. В. Кильдюшов. М.: Территория будущего, 2013. С. 310).

и цели такой «социологии» — прояснение и систематизация правовых понятий действующего права.

Напротив, именно забвение сложной структуры данных понятий (наличие ядра⁶³ и периферии) грозит стать для любого догматического их рассмотрения губительным, поскольку такие понятия рискуют стать лишь предметом риторической игры, предполагающей произвольную смену значений и популистскую апелляцию к пустому знаку. В равной мере они могут стать и легким объектом для манипуляции со стороны политических сил, которые стремятся использовать их в деструктивных для конкретного правового порядка целях. Догматика конституционно-правовых понятий в этом смысле получает дополнительное значение, поскольку в условиях постглобализации служит обеспечению конституционной идентичности и суверенной самостоятельности правового порядка⁶⁴, своеобразным барьером от неконтролируемого воздействия, например, «деструктивных идеологий».

Одновременно догматика конституционного права такого рода предохраняет от впадения и в другую крайность, а именно в ничем не сдерживаемое политическое определение правовых понятий с учетом потребностей текущего момента или идеологии толкователя, поскольку не исключает, но предполагает наличие у «полемиических» понятий семантического ядра, неразрывно связанного с их происхождением. Так, правовое государство не может просто начать означать что-то совершенно противоположное ограничению политической власти правом со ссылкой на требования политического момента.

Вместе с тем именно на почве конституционно-правовых понятий (в особенности «полемиических») догматика конституционного права парадоксальным образом сталкивается с конституционной политикой и политической конституционным права. Семантическая периферия таких понятий, естественно, подвергается влиянию конституционных преобразований, и в этом смысле для догматического рассмотрения конституционная политика (в том числе интерпретация понятий судами высокого правосудия), несомненно, является фактором для установления содержания понятия и помещения его в системную структуру с иными конституционно-правовыми концептами.

Однако это лишь один из факторов. Научный анализ и даже известная критика конституционной политики возможны как со стороны политики конституционного права (т. е. с точки зрения суждений о механизме, целях и средствах конституционных преобразований), так и со стороны конституционно-правовой догматики (т. е. в перспективе семантического ядра понятия, его генезиса, представлений и положения понятия в системе). Если конституционная политика разрушает систематику понятий, а тем более когда она идет против ядра понятия

⁶³ Мы не являемся изобретателями такой терминологии. Выражения «ядро» и «периферия» применительно к семантике, в том числе семантике понятий, употреблялись и раньше. Так, о «ядре правового понятия» писал, к примеру, О. Эрлих (*Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб.: Унив. изд. консорц., 2011. С. 571*). Рассуждения о смысловом ядре (семантической доминанте), а равно о «ядре» и «периферии» культуры можно встретить у А. В. Полякова (*Поляков А. В. Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: курс лекций. СПб.: Изд. дом С.-Петербург. ун-та, 2004. С. 234, 463*). В определенной степени к избранному словоупотреблению близко и феноменологическое противопоставление ядра значения слова и «отделок» (*fringes*), окружающих такое ядро, «подобно ауре» (см.: Там же. С. 638).

⁶⁴ О значимости определения смысла понятий для обеспечения суверенитета см.: *Schmitt C. USA und die völkerrechtlichen Formen des modernen Imperialismus (1932/33) // Schmitt C. Frieden oder Pazifismus. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924–1978 / Hrsg. G. Mashke. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. S. 365–366.*

(например, толкуя вполне оперативное понятие «полномочие» как тождественное субъективному праву), на это вполне допустимо указать и с догматической точки зрения. При этом сказанное не означает, что догматика служит препятствием для развития конституционно-правовых понятий. Догматика лишь должна ориентироваться на то, чтобы подобное развитие не вступало в противоречие со смысловым ядром понятия, а если речь идет о «полемиических» понятиях, то и с выявленной периферией.

Так или иначе, догматика, понятая как научное исследование конституционно-правовых понятий, не означает согласия с интерпретациями, данными, например, со стороны институтов «высокого правосудия», но предполагает структурирование и систематизацию понятий конституционного права и помимо данной практики, как с ее учетом, так и «в пику» ей. Соответствующие суды потенциально могут вообще пренебрегать функцией толкования, никак не определяя реальное содержание положений и прямо переходя к их применению в конкретном случае⁶⁵. Тогда на это также вполне может быть указано.

Вместе с тем такая «критическая» функция догматики не может считаться главной. В действительности наиболее мощный и долговременный эффект конституционно-правовая догматика будет иметь место в том случае, если она сможет дисциплинировать мышление юридического сообщества, передав ему более точное и системное знание неопределенных концептов, побудив субъектов конституционной политики ориентироваться на смыслы понятий. Такого рода работа предполагает культивирование мышления будущих субъектов конституционной политики, а не сиюминутную критику последней.

Тем самым мы можем сказать о догматике то же самое, что известный германский конституционалист Карл Шмитт сказал о всяком теоретике права: догматик «не может сделать больше, нежели сохранение понятий и называние вещей своими именами»⁶⁶.

Заключение

В начале настоящего исследования мы указали своей целью проблематизацию отношения между конституционной политикой и конституционно-правовой догматикой. Как мы теперь видим, в действительности это отношение трехстороннее: конституционная политика — политика конституционного права — конституционная догматика. Напомним кратко, что под первой понимается деятельность по реализации конституционных ценностей, путем изменения и преобразования конституции, а под второй — исследование и рационализация способов изменения и преобразования конституции для наиболее эффективной и адекватной реализации конституционных ценностей. К этому мы можем лишь добавить, что ценности, как в том случае, так и в другом, будут одновременно пониматься и как цели правового воздействия. Ведь желая, чтобы та или иная мера, та или иная вводимая модель правового регулирования в наибольшей мере способствовала осуществлению ценности, мы стремимся реализовать эту ценность, она является и нашей целью. Таким образом, конституционная политика представляет собой динамичный процесс, тогда как наука политики конституционного права — инструмент рационализации этого процесса.

⁶⁵ Примером такого избегания окончательного определения смысла понятий в собственных решениях является ЕСПЧ (об этом см.: *Герардс Я., Сенден Х.* Структура основных прав и Европейский Суд по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 3 (76). С. 36–63).

⁶⁶ *Шмитт К.* Теория партизана / пер. с нем. Ю. Ю. Коринца. М.: Праксис, 2007. С. 144.

Мы не давали специального определения догматике конституционного права, указав лишь на то, что неверно понимать ее как простое комментирование положений действующих законов, хотя, конечно, она может принимать подобные формы. Догматика конституционного права, как на самом деле и любая другая догматика, подчеркнута концептуальна, она стремится прояснить понятия, выстроить из них систему, задав тем самым структуру правовой реальности. Специфика догматики именно конституционного права заключается в особой природе тех понятий, которые содержатся в конституционных положениях. Мы выделили два вида конституционно-правовых понятий: оперативные и полемические, охарактеризовав последние как сложные по структуре, состоящие из семантического ядра и смысловой периферии. Семантическое ядро конституционно-правового понятия может быть выявлено при помощи истории понятий, тогда как периферия — вопрос куда более сложный, поскольку она связана с идентичностью политической общности, с типичными и нормальными правовыми представлениями конкретного правового порядка. Для описания соответствующей периферии мы предложили средства социологии правовых понятий как специального юридического метода. Впрочем, это не означает, что не найдется инструмента лучше.

Такого рода учет социальных представлений, действующих в рамках конкретного правового порядка и составляющих ядро его идентичности, делает подобную догматику незаменимым средством поиска баланса между сохранением законности и политической ценностной ориентированности или целесообразности в условиях реглобализационных тенденций. Кто знает, быть может, догматика позволит сохранить и условия для правовой коммуникации между порядками как на эпистемологическом уровне, так и на практическом. В конце концов, никакая коммуникация невозможна в условиях, когда понятия остаются непроясненными и/или радикально различающимися по своему содержанию.

Пожалуй, в завершение нам остается добавить лишь одно: конституционная политика не сможет иметь никакой структуры и ясности в отсутствие конституционного идеала, который бы мог систематизировать разрозненные ценности. В равной мере и политика конституционного права как наука о конституционной политике должна будет принять этот конституционный идеал во внимание, если она желает стать адекватным инструментом рационализации собственного предмета.

Представляется, что и догматика конституционного права в части полемических понятий не сможет обойтись без этого идеала. Как мы отмечали ранее применительно к анализу таких понятий, догматика становится адекватной лишь в случае, когда исследование семантической периферии понятий имеет в виду социологию правовых понятий, элементом которой является и система нормальных правовых представлений. Последняя же очевидно оказывается связанной с правовым идеалом, который составляет по существу ее центр.

Проблема же поиска и формулировки такого конституционно-правового идеала, кажется, выпадает из всех тех категорий, которые мы обсудили. По-видимому, он должен стать предметом какой-то иной дисциплины, каких-то других размышлений, возможно философии конституционного права.

Статья поступила в редакцию 30 апреля 2024 г.
Рекомендована к печати 18 октября 2024 г.

The politics and dogmatics of constitutional law*

V. E. Kondurov

For citation: Kondurov V. E. 2024. The politics and dogmatics of constitutional law. *Pravovedenie* 68 (4): 516–535. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2024.403> (In Russian)

Due to the development of post-globalisation, the main focus of attention of legal studies is shifting on the legal politics. Being a semantically complex concept, the legal politics causes the more difficulties in the context of constitutional law, since its norms have a certain target orientation in themselves, and also have a regulatory impact on all branches of law. We propose to subdivide the policy of constitutional law into activity (constitutional-legal politics as a practical activity) and epistemological (politics of constitutional law as studies). In this case, it is proposed to understand constitutional politics as the implementation of constitutional values by changing the text of the constitution and transforming the meaning of its provisions in the course of interpretation and concretisation. The study of constitutional law politics, in addition to its purely cognitive role, can have a disciplining effect on constitutional politics, thus protecting constitutional values and the constitutional identity of the political community. However, it seems, that the consensual current interest in the legal politics should not exclude the problems of dogmatics, the development of which is closely related to current political-legal issues. Legal dogmatics is primarily interested in analysing and identifying the key concepts. However, the constitutional law dogmatic faces a number of difficulties due to the specificity of its main concepts. A significant part of the fundamental constitutional-legal concepts, while possessing a more or less static semantic core, turn out to be fundamentally connected with the peculiarities of a concrete order. It predetermines a certain mobility of semantic boundaries of the relevant concepts. This specificity dictates new ways of development of the constitutional law dogmatics, such as the history and sociology of concepts. The dogmatics of constitutional law updated through them may also be a way to discipline constitutional politics by pointing to the unchanging boundaries of key polemical concepts. However, neither constitutional politics, nor the science of constitutional law politics, nor even the dogmatics of constitutional law can organise their own structure without a more general view from the perspective of the constitutional ideal. The elaboration of this ideal is likely to be the subject of a different discipline — the philosophy of constitutional law.

Keywords: constitutional politics, politics of law, politics of constitutional law, dogmatics of law, dogmatics of constitutional law.

References

- Alexejew, Nikolai N. 1998. *Foundations of the Philosophy of Law*. St. Petersburg, Izdatel'stvo Sankt-Peterburgskogo iuridicheskogo instituta Publ. (In Russian)
- Alexy, Robert. 2010. The Weight Formula. Arkhipov V. V. (transl.). *Rossiiskii ezhegodnik teorii i prava* 3: 208–228. (In Russian)
- Belov, Sergei A. 2023. Re-Globalization and Its Impact on Law. *Zhurnal rossiiskogo prava* 27 (12): 54–67. (In Russian)
- von Bogdandy, Armin. 2005. Europäische Verfassungspolitik als Identitätspolitik: Theoretische Verortung und Kritik. *Kritische Justiz* 38 (2): 110–126.
- Ehrlich, Eugen. 2011. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. St. Petersburg, Universitetskii izdatel'skii konsortium Publ. (In Russian)
- Forsthoff, Ernst. 1961. *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*. Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag.
- Forsthoff, Ernst. 1963. Der Introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung. *Der Staat* 2 (4): 385–398.

* The research was funded by the Russian Science Foundation, project no. 23-28-00973 “Dogma of public law in the context of post-globalization”.

- Forsthoff, Ernst. 1994. Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. *Festschrift für Carl Schmitt: zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*. Barion H., Forsthoef E., Weber W. (Hg.). Berlin, Duncker & Humblot: 35–62.
- Gerards, Janneke, Senden, Hanneke. 2010. The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights. *Comparative Constitutional Review* 3 (76): 36–63.
- Gerber von, Carl F. 1865. *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*. Leipzig, Tauchnitz.
- Glaeser, Walter S. 1982. Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen — Versäumnisse — Forderungen. *Archiv des öffentlichen Rechts* 107 (3): 337–386.
- Glaeßner, Gert-Joachim, Reutter, Werner. 2001. Verfassung, Politik und Politikwissenschaft. *Verfassungspolitik und Verfassungswandel Deutschland und Großbritannien im Vergleich*. Glaeßner G.-L., Reutter W., Jeffery C. (Hg.). Wiesbaden, Westdeutscher Verlag: 9–27.
- von Hippel, Eike. 1984. Grundfragen der Rechtspolitik. *Juristen Zeitung* 21: 953–961.
- Jellinek, Georg. 1907. *Changes and Transformations of Constitutions*. St. Petersburg, Izdanie iuridicheskogo knizhnogo sklada "Pravo" Publ. (In Russian)
- Jellinek, Georg. 2004. *General Doctrine of the State*. St. Petersburg, Iuridicheskii tsentr Press. (In Russian)
- Kamburov, Vyacheslav G. 1903. The Legal Method in State Studies. *Zhurnal Ministerstva iustitsii* 7: 139–160. (In Russian)
- Karapetov, Artem G. 2010. Politics and Dogmatics of Civil Law: Historical Overview. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii* 4: 6–69. (In Russian)
- Korobova, Aleksandra P. 1999. On the Polisemy of the Conception of "Legal Policy". *Pravovedenie* 4 (227): 156–165. (In Russian)
- Kunitsin, Alexander S. 2017. Russian Natural Law Thought and Policy: Certain Aspects of Correlation. *Pravovedenie* 1 (330): 186–204. (In Russian)
- Laband, Paul. 1907. *Deutsches Reichstaatsrecht*. Band I. Neubearbeitung auf der Grundlage der 3. Auflage des kleinen Staatsrecht der Deutschen Reichs. Tübingen, J.C.B. Mohr (P. Siebeck).
- Lazerson, Moisej Y.A. 1916. Dogmatics and Politics in Germanic State Studies. *Legal Bulletin*. Book XIV (II): 14–40.
- Liebl, Karlhans. 2006. Rechtspolitik. *Wörterbuch zur Inneren Sicherheit*. Gasch M., Lange H.-J. (Hg.). Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Springer: 270–274.
- von Liszt, Franz. 2023. *Tasks of Criminal Policy. Crime as a Socio-Pathological Phenomenon*. Moscow, Infra-M Publ. (In Russian)
- Maihofer, Adam. 1988. Zum Dilemma GRÜNER Rechtspolitik. *Kritische Justiz* 21 (4): 432–441.
- Malko, Alexander V. 2011. The Constitutional Policy is a Legal Basis of a State Policy. *Sotsiologiya i pravo* 11: 12–18. (In Russian)
- Malko, Alexander V. 2012. From the Right Policy to the Legal Policy. *Vestnik Saratovskoi gosudarstvennoi iuridicheskoi akademii* 3 (85): 11–25. (In Russian)
- Malko, Alexander V. 2012. Legal Policy of Modern Society: From Theory to Practice. *Gosudarstvo i pravo* 11: 5–13. (In Russian)
- Malko, Alexander V. 2012. *Theory of Legal Policy*: monograph. Moscow, Iurlitinform Publ. (In Russian)
- Malko, Alexander V. (ed.). 2013. *Legal Policy. Law. Legal system*: monograph. Moscow, Iurlitinform Publ. (In Russian)
- Matuzov, Nikolaj I. 1997. The Concept and Main Priorities of Russian Legal Policy. *Pravovedenie* 4: 6–17. (In Russian)
- Mihajlov, Anton M. 2012. *The Genesis of Continental Legal Dogmatics*. Moscow, Iurlitinform Publ. (In Russian)
- Mihajlov, Anton M., Korzhenyak, Anastasiya M. 2021. *Early Legal Positivism in England, Germany and Russia (Second Half of 19th — Beginning of 20th Century) (essays)*: monograph. Moscow, Iurlitinform Publ. (In Russian)
- Mohl, Robert. 1845. Constitutionelle Erfahrungen. Ein Beitrag zur Verfassungs-Politik. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2 (2): 191–233.
- de Montesquieu, Charles L. 1990. *The Spirit of Law*. Moscow, Mysl' Publ. (In Russian)
- Perels, Joachim. 2005. Sozialistische Rechtspolitik im Angesicht der Konterrevolution: Reichsjustizminister Gustav Radbruch. *Kritische Justiz* 38 (4): 407–417.
- Permyakov, Yurij E. 1993. *Introduction to the Foundations of Criminal Policy*. Samara, Samarskii universitet Publ. (In Russian)

- Petrzhitsky, Lev I. 2010. *Theory and Practice of Law*. St. Petersburg, Iuridicheskaya kniga Publ. (In Russian)
- Pichl, Maximilian, von Dömming, Eric. 2020. Autoritäre Inszenierung und Umdeutung — Die Rechtspolitik der "Alternative für Deutschland". *Kritische Justiz* 3: 299–310.
- Polyakov, Andrej V., Timoshina, Elena V. 2005. *General Theory of Law*. St. Petersburg, St. Petersburg University Press. (In Russian)
- Polyakov, Andrej V. 2004. *The General Theory of Law. Problems of Interpretation in the Context of the Communicative Approach: course of lectures*. St. Petersburg, St. Petersburg University Press. (In Russian)
- Rybakov, Oleg Yu., Tihonova, Sof'ya V. 2015. Legal Policy as Means of Administering Positive Law: A New Version of the Legal Policy Theory. *Lex Russica* 100, 3: 7–18. (In Russian)
- Schmitt, Carl. 1935. Was bedeutet Streit um den "Rechtsstaat"? *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 95 (2): 189–200.
- Schmitt, Carl. 2005. USA und die völkerrechtlichen Formen des modernen Imperialismus (1932/33). In Schmitt C. *Frieden oder Pazifismus. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924–1978*. Mashke G. (Hg.). Berlin, Duncker & Humblot: 349–377.
- Schmitt, Carl. 2007. *Theory of the Partisan. Intermediate Commentary on the Concept of the Political*. Moscow, Praxis Publ. (In Russian)
- Schmitt, Carl. 2013. On the Three Types of Juristic Thought. In Schmitt C. *State: Law and Politics*. Moscow, Territoria budushchego Publ. (In Russian)
- Spektorskiy, Evgeny. 1915. Nominalism and realism in Social Sciences. *Iuridicheskii vestnik*. Book 9 (1). (In Russian)
- Staff von, Adolph. 1928. Rechtspolitik und Rechtsdoktrin. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 84 (2): 361–366.
- Steinberg, Rudolph. 1980. Verfassungspolitik und offene Verfassung. *Juristen Zeitung* 35 (11/12): 385–392.
- Taranovskiy, Fyodor V. 1904. *The Legal Method in State Studies. An of its development in Germany. Historical and Methodological Study*. Warsaw, Tipografiya Varshavskogo uchebnogo okruga Publ. (In Russian)
- Taranovskiy, Fyodor V. 1907. The Historical and Methodological Connection Between the History, Dogma and Politics of Law. *Zhurnal Ministerstva iustitsii* 3: 151–170. (In Russian)
- Timoshina, Elena V. 2012. *How is the theory of law possible? Epistemological foundations of the theory of law in the interpretation of L. I. Petrazhitsky*. Moscow, Iurilitinform Publ. (In Russian)
- Vitruk, Nikolaj V. 2008. *Loyalty to the Constitution*. Moscow, Izdatel'stvo Rossiiskoi akademii pravosudiiya Publ. (In Russian)
- Zakharova, Larisa N. 2013. Constitutional Legal Policy as the Dominant Form of Legal State Policy. *Iuridicheskie zapiski*, 2: 16–22. (In Russian)
- Zor'kin, Valerij D. 2003. To Judge by Constitution and Conscience. *Zhurnal rossiiskogo prava* 9: 3–13. (In Russian)

Received: April 30, 2024
Accepted: October 18, 2024

Viacheslav E. Kondurov — PhD in Law, Associate Professor, St. Petersburg State University, 7–9, Universitetskaya nab., St. Petersburg, 199034, Russian Federation; <https://orcid.org/0000-0002-7331-4305>, v.kondurov@spbu.ru