

Господство права как универсальная ценность и многообразии конституционной идентичности*

И. А. Кравец

Новосибирский национальный исследовательский государственный университет,
Российская Федерация, 630090, Новосибирск, ул. Пирогова, 1

Для цитирования: Кравец, Игорь А. 2020. «Господство права как универсальная ценность и многообразии конституционной идентичности». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 4: 813–851. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.402>

В статье рассматриваются научные подходы к пониманию конституционной идентичности как современного правового феномена, соотношение идентичности и конституционного права и конституционализма. Разграничиваются понятия «идентичность конституции» и «конституционная идентичность». Анализируются конституционные модели человеческого достоинства как элементы конституционной идентичности, которые демонстрируют многообразие подходов к конституционному регулированию и к конституционной политике в области прав человека. Раскрывается господство права как универсальная ценность, конституционный и правовой концепт. Излагаются происхождение доктрины «господство права», теоретические основы и исторические корни доктрины, соотношение конституционализма и господства права в современной юриспруденции. Освещаются внутригосударственный и международный аспекты доктрины «господство права», ее влияние на формы и практику современного конституционализма и конституционную идентичность. Намечаются основные перспективы конституционализации элементов господства права и конституционной идентичности в контексте формирования конституционализма человеческого достоинства, выявляются взаимосвязь и взаимозависимость господства права и конституционной идентичности, с одной стороны, человеческого достоинства и господства права — с другой, а также факторы влияния на господство права, конституционную идентичность и конституционное правосудие. Выясняется, в какой степени господство права может выступать универсальной ценностью в практике конституционного правосудия. Анализируются онтологические и эпистемологические элементы когнитивного конституционализма и господства права. В качестве выводов обсуждается проблема множественности форм и субъектов конституционной идентичности. Идентичность, как и господство права, не может быть выстроена только в категориях исключительности в связи с тем, что и общие, и специфические черты формируются в пространстве диалога права, истории, культуры.

Ключевые слова: господство права, универсальная ценность, матрица ценностей, цели и принципы, когнитивный конституционализм, конституционная идентичность, идентичность конституции, конституционное правосудие, конституционная коммуникация, правовая коммуникация.

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-00761 А.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2020

Мы теряем, как и подбираем, подобно путешественникам, которые должны нести все в своих руках, и чему мы позволяем упасть, будет подхвачено теми, кто позади. Процесс очень длинный, а жизнь очень короткая. Мы умираем на марше. Но за пределами марша нет ничего, поэтому ничего нельзя потерять¹.

(Stoppard 1993)

Но поражен бывает мельком свет
Ее лица необщим выраженьем...

(Баратынский 1989)

1. Введение

В методологическом плане исходный пункт настоящего исследования — предположение о многообразии форм и видов конституционной идентичности. Существуют следующие виды конституционной идентичности: *защитная, прогрессивная и эволютивная; государственная, групповая и индивидуальная; историческая, оригиналистская и конструктивная*; конституционная идентичность *модерна и ин-формационного общества*; конституционная идентичность *президента, правительства, парламента, конституционного суда, нации, народа, граждан*, имеющих место жительства в пределах отдельного субъекта РФ (республики, края, области и др.).

Россия занята поиском и осмыслением конституционной идентичности, которая обнаруживает свои черты в диалоге с европейским правовым пространством, государственно-правовой традицией и перспективами развития российского конституционализма. Научный и политический «свет» пока не поражен «лица необщим выраженьем» отечественной конституционной идентичности. Дискуссия о развитии российской конституционной идентичности продуцирует параметры диалога с европейской конвенционной идентичностью (Грачева 2018, 52), вырабатываются отечественные каноны такой идентичности, оценивается влияние судебных актов на конституционную идентичность России в контексте сравнительного опыта (Блохин 2018, 62). В спорах об облике и границах конституционной идентичности без должного внимания остаются юридические механизмы внутреннего диалога между гражданами, обществом и государством, а также влияние на конституционную идентичность процесса продвижения страны к господству права (rule of law). Нередко и сам термин «rule of law» не отграничивается от понятия «rule by law», с одной стороны, и имеет несколько вариантов лексического перевода в русском конституционном языке («господство права», «верховенство права», «правление закона», «правление права») — с другой. *Архитектоника конституционной идентичности* находится в стадии возведения на достаточно шатком правовом фундаменте: каркас требует согласия в отношении фундаментальных конституционных ценностей и относительно архитектуры политико-правовых институтов, которое

¹ Пер. автора статьи.

пока не достигнуто. Но «процесс пошел...» Намерение публичной власти провести общероссийское голосование (назначенное на 22.04.2020 и проведенное 01.07.2020) по проекту закона о поправке к Конституции РФ² показывает стремление заручиться политической и социальной поддержкой граждан РФ при создании новых (или корректировке известных) конституционных ценностей. Однако способ выражения учредительной воли избирателей не предполагает дифференцированного подхода к отдельным поправкам (или взаимосвязанным поправкам по предмету регулирования), а голосование «конституционным пакетом» подрывает учредительную силу конституционного волеизъявления в связи с отсутствием реального конституционного выбора в значительном объеме содержательных изменений (как выбора между «конституционным добром» и «конституционным злом»), создавая эффект «конституционной конвергенции добра и зла».

Доктрина и практика продвижения господства права в современных государствах сосуществует с различными видами конституционных режимов и опосредуется различными видами конституций: писаными кодифицированными, как в случае с Конституцией РФ, некодифицированными, как в случае в Израиле, или комбинированными, как в случае с Великобританией. В научной юриспруденции используются концепты «идентичность конституции» и «конституционная идентичность». Одни авторы считают их идентичными или взаимосвязанными, другие — различающимися понятиями. Для данного исследования важен вопрос, в какой степени отмеченные концепты взаимосвязаны с доктриной и практикой господства права. Не замещает ли концепт «конституционная идентичность» самостоятельность и суверенитет государства, не служит ли конституционно-правовой формой и концептуальной основой для оправдания политического господства, не выступает ли в поиске форм конституционной модернизации страны способом ее правового «торможения» и апелляцией к консервативным элементам конституционного строя? В настоящей статье предпринята попытка согласовать проблемные стороны взаимодействия доктрин, основываясь на предположении, что господство права и работающие элементы доктрины в правовой системе страны содействуют формированию правовых атрибутов и идентичности конституции (как общих, так и специфических черт) и конституционной идентичности не только государства, но и иных субъектов права (применительно к различным субъектам такой идентичности). Для понимания перспектив развития конституционной идентичности в России важна теория Р.Дворкина о «праве как целостности» (Dworkin 1986); ее использование призвано показать возможность смягчения проблем стабильности многонационального и поликультурного конституционного порядка, каким является конституционный строй России. Идентификация российского конституционализма в контексте продвижения «господства права», взаимодействия с международным и европейским правовым пространством содействует пониманию особенностей конституционной идентичности России, когда происходит борьба между гражданским и национальным самосознанием в многонациональной и поликуль-

² Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» (здесь и далее все ссылки на нормативно-правовые акты и судебную практику, кроме особо оговоренных случаев, приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 21 июня, 2020. <http://www.consultant.ru>).

турной стране. Идентичность в конституционном пространстве с богатым культурным и национальным ландшафтом приобретает черты, характерные для конституционной этнографии, о которой пишет К. Л. Шеппели (Scherpele 2004, 390–391).

Конституционная идентичность в современной российской юриспруденции ассоциируется с *верностью национальной конституции* (Витрук 2016; Кравец 2018), с ее *верховенством и высшей юридической силой* (Зорькин 2017; Гаджиев 2017), с особенностями *российской модели верховенства права* как правового государства (Gadzhiev 2014, 209), с ясно осознаваемым понятием *конституционного патриотизма*, с формированием *«отечественного лица»* у российского конституционализма (или любого конституционализма в рамках национальной юрисдикции). В меньшей степени конституционная идентичность позволяет идентифицировать национальные стандарты осуществления господства права; во многих случаях остаются неясными связи между конституционной идентичностью и принципами конституционализма, элементами господства права. Напряженными и проблемными зонами взаимодействия конституционализма и правовой системы выступают человеческое достоинство, его инкорпорирование в механизмы конституционализации и обеспечения прав и свобод личности. В поисках места российской конституционной идентичности не только в контексте диалога с европейской конвенционной идентичностью, но и в процессе становления глобальной конституционной идентичности не следует забывать, что модели глобальной идентичности формируются как через конвергенцию, так и через дивергенцию правовых институтов. Такие модели могут выполнять различную роль: содействовать конституционной глобализации страны, с одной стороны, показывать и защищать конституционную исключительность страны — с другой (Bui 2017, 463). Уровень и глубина участия страны в формировании контуров глобальной конституционной идентичности зависят от многих факторов, среди которых не последнее место занимают открытость конституционной идентичности к новациям и способность к продвижению конституционных достижений на наднациональный и международный уровень.

2. Основное исследование

2.1. Конституционный символизм, господство права и конституционная идентичность

Использование категории «идентичность» в конституционном праве и конституционализме предполагает понимание предметной сферы словоупотребления. Категория «идентичность» существует в различных областях человеческих знаний. Этот термин употребляется для характеристики идентичности: персональной (Schechtman 1990, 71), групповой (этнической, религиозной, профессиональной и др.), национальной (Smith 1991), социальной (Jenkins 2008), политической (Huddy 2001, 127), культурной (Gilbert 2010, 1–5), цифровой (Sullivan 2011). И этот перечень открыт. Ф. Глисон еще в 1983 г. начал дискуссию о пролиферации разговора об «идентичности» в социальных науках (Gleason 1983). Возможно, что только в 1950-х годах идентичность получила исходную точку распространения под влиянием психоаналитика Э. Х. Эриксона, который ввел этот термин в рамках своей

попытки применить психоаналитические категории к социальным и историческим вопросам (Poole 2005, 40). Эриксон писал: «Изучение идентичности... становится в наше время таким же стратегическим, как изучение сексуальности во времена Фрейда» (Erikson 1963, 282). В условиях интеграционных процессов в 2010-х годах (в том числе в России) *стратегическим для правовой политики* стал термин «конституционная идентичность»; он сохранит свое значение и в 2020-х годах.

Идентичность, если она не персональная, стремится охватить многих лиц по определенным признакам: групповая, национальная, социальная и, наконец, конституционная идентичность предстают как *коллективные феномены*. Однако в любой идентичности присутствуют общие и специальные идентификаторы (например, отдельного человека и человеческого рода, самобытные черты и общие признаки конституционализма или конституционной демократии). Помимо этого, «все идентичности включают в себя ценности и обязательства, а приобретение идентичности означает принятие этих ценностей и обязательств» (Poole 2005, 41). В отношении конституционной идентичности это означает, что *различные субъекты права* (органы, должностные лица, граждане, их объединения) *разделяют установленные конституцией ценности и не игнорируют, а выполняют обязательства друг перед другом*.

Идентичность и конституционное право имеют сложную природу и историю взаимоотношений: через национальную и политическую идентичность, через право и традицию, культуру и историю формируется конституционная идентичность, в которой отражаются и география с территорией, ментальные и лингвистические особенности народа и тех, кто властвует над ним. Исследование природы, сущности и «территории» конституционной идентичности находится в центре современной теории и практики конституционализма, сравнительного конституционного права и политической науки. Наряду с концептом «конституционная идентичность» используются понятия «идентичность конституционной демократии» (Manzer 1996), «идентичность российского конституционализма» (Джагарян 2018) или «идентификация национального конституционализма» (Кравец 2019с, 209) и др. Работы конституционалистов и иных исследователей показывают: поисковый и неоднозначный характер концепции (Jacobsohn 2006, 2010); множественность и неопределенность основных идентифицирующих признаков конституционной идентичности (Rosenfeld 2012); формирование моделей конституционной идентичности в различных странах под влиянием процессов глобализации (Bui 2017); соперничество и взаимное влияние глобализма и локализма на идентичность; появление эффекта «локализации глобализации» (local globe) (O’Riordan 2001, XIX), или «глокализации». Некоторые исследователи говорят о «систематических закономерностях глобальной конституционной идентичности», не исключающих, а, наоборот, соединяющих разнонаправленные процессы: конвергенцию, дивергенцию или поляризацию конституционно наблюдаемых моделей, которые «могут становиться все более схожими или разнородными» (Law and Versteeg 2011, 1171).

По мнению одних, «разъяснение концепции конституционной идентичности должно затрагивать интересы теоретиков конституции»; при этом «частота, с которой конституционные аргументы тенденциозно оформляются в погоне за политическими целями, должна также умерить экстравагантные претензии на аналитическую полезность идеи» конституционной идентичности (Jacobsohn 2006, 361).

Другие авторы полагают, что конституционная идентичность проходит испытание временем и поправками к конституции на предмет целостности и верности фундаментальным ценностям. Как пишет Л. Трайб, не только список «фундаментальных конституционных норм открыт для обсуждения, но и сама идентичность “конституции” — совокупности текстовых и исторических материалов», из которых должны быть извлечены нормы; ими необходимо руководствоваться при их применении; данный вопрос не может быть объективно выведен или пассивно обнаружен без точки зрения (Tribe 1983, 440). Отечественные исследователи отмечают многовариантность конституционной идентичности; по их мнению, это понятие «можно определить как совокупность конституционных положений, позволяющих определить конституционный порядок каждого отдельного государства со всеми его внутренними правовыми характеристиками»; в такой же степени его «можно рассматривать как набор толковательных аргументов, используемых в конституционной судебной практике» (Kucherenko, Klochko 2019, 99, 123).

Современный взгляд на конституционную идентичность в национальных границах связан с особым пониманием «политики местоположения». Территориальный фактор конституционной идентичности, география местоположения страны, ее история, культурная и государственно-правовая традиция претендуют на факторы исключительности в значительно большей степени, чем интеграционные процессы, межгосударственные взаимоотношения, членство в Совете Европы — на создание общих элементов идентичности. В российской конституционной и судебной юриспруденции конституционная идентичность, как правило, сопричастна пониманию суверенного государства и государственного суверенитета; она ассоциируется с правом страны отстаивать конституционную самобытность во взаимодействии с межгосударственными органами в сфере защиты прав и свобод личности в целом или в вопросах взаимодействия Конституционного суда РФ (далее — КС РФ) и Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), с правом использовать отечественный подход к толкованию и исполнению актов ЕСПЧ (Зорькин 2018). Развитию и конвергенции конституционной идентичности помогают современные технологии, благодаря которым сравнительное конституционное право воспринимается как глобальное явление. Судьи и суды, пишет Д. П. Коммерс, «разговаривают друг с другом через национальные границы и обращаются к юриспруденции друг друга за рекомендациями по толкованию их собственных конституций» (Kommer 2012, 127). Важной формой взаимодействия стал диалог Соединенных Штатов и Европы: проводятся очные симпозиумы и конференции для обсуждения общих проблем толкования в соответствии с конституциями этих государств. Аналогичный диалог существует в рамках Совета Европы между КС РФ и ЕСПЧ; он может иметь активную форму реализации и испытывать трудности взаимопонимания («трудности перевода конституционных ценностей»).

В то время как одни авторы пытаются внести вклад в уточнение термина «конституционная идентичность» (Аничкин, Ряховская 2019), другие исследователи призывают формировать многоуровневую и многоаспектную российскую юридическую модель конституционной идентичности, опираясь на аксиологию и телеологию конституционного права и российского конституционализма, формируя ответы на глобальные вызовы и процесс «глобализации конституционной идентичности» (Кравец 2019с). Спорным остается вопрос, является ли попытка иден-

тифицировать атрибуты и природу конституционной идентичности новой *формой конституционной мифологии*, или система концептов конституционного права и конституционализма пополнилась принципиально новым парадигмальным подходом. Можно ли говорить о возникновении новой парадигмы, позволяющей осмыслить процессы развития конституционного права и конституционализма?

В настоящем исследовании различаются такие понятия, как «идентичность конституции», «конституционная идентичность», «многообразие конституционной идентичности», «субъекты конституционной идентичности», «творцы конституционной идентичности», «идентичность конституционного уровня».

Идентичность конституции понимается в контексте сохранения целостности конституции как высшего и основного закона страны с позиций ее принципов, смыслов и целей, обеспечивающих фундамент стабильности общества и государства, реализацию прав человека и гражданина, с одной стороны, и развития конституционных принципов, смыслов и целей в соответствии с запросами общества и государства, вплоть до изменения и преобразования самой конституции — с другой. Целостность конституции определяется ее атрибутами, которые могут развиваться и изменяться в процессе взаимодействия идентичности, истории и реальности. Профессор конституционного и сравнительного права из департамента управления Техасского университета в Остине пишет: «Существуют атрибуты конституции, которые позволяют нам идентифицировать ее как таковую, и существует диалогический процесс формирования идентичности, который позволяет нам определить конкретную идентичность любой данной конституции» (Jacobsohn 2011, 129).

Конституционная идентичность — понятие более широкое, чем идентичность конституции. Как концепт конституционная идентичность связана с понятием и принципами конституционной демократии, ее формами в современных государствах и отражением в тексте национальной писаной конституции (кодифицированной или нет), в конституционной практике (и политической, и судебной), в частности в практике конституционной юстиции. Различные вариации конституционных режимов отражаются и в нормах национальных конституций, и в элементах конституционной идентичности, формируя представления о «национальном лице» конституционной идентичности. Взаимосвязь конституционной идентичности и конституционной демократии отстаивает М. Розенфельд. Опираясь на исторические примеры успешно имплантированных конституционных режимов, начиная от более старого опыта в Соединенных Штатах и Франции и сравнительно недавнего в Германии, Испании и Южной Африке, он проливает свет на целый ряд условий, необходимых для возникновения, преемственности и адаптивности жизнеспособной конституционной идентичности. Важными элементами конституционной идентичности, по его мнению, являются гражданство, национализм, мультикультурализм и права человека. Сама конституционная идентичность становится предметом исследования благодаря мировому тренду к конституционной демократии и конституционализму, привлекательность которых давно «вышла за пределы национального государства и стала транснациональной, если еще не полностью глобальной» (Rosenfeld 2010, 1).

Юридической сердцевиной правового статуса личности (и конституционного положения человека и гражданина) со второй половины XX в. постепенно становится достоинство человеческой личности. Как конституционная ценность

и правовой институт достоинство инкорпорировано в современный европейский и российский конституционализм. В конституциях многих государств положения о человеческом достоинстве занимают важное место под влиянием международной юриспруденции прав человека и особенно Всеобщей декларации прав человека 1948 г. Термин «достоинство» содержит указание на свойство человеческой личности: на его самоценность и самоуважение — именно они имманентно присущи человеку (Кравец 2020, 28). Достоинство связано с концепцией человеческой личности, оно одновременно — божественный дар и достояние человеческой природы. О. Шехтер пишет, что «идея человеческого достоинства включает в себя сложное понятие личности». Для понятия личности определяющим является наличие у нее достоинства, это понятие «включает признание отдельной индивидуальной личности, отражающей индивидуальную автономию и ответственность» (Schachter 1983, 850–851). Российские и зарубежные исследователи отстаивают различные конституционные модели закрепления и использования человеческого достоинства. После Второй мировой войны в конституционализме и в целом в публичном праве благодаря человеческому достоинству появилась «гуманитарно-правовая сердцевина». С. Мойн пишет, что как раз конституционализм, основанный на человеческом достоинстве (concept of dignitarian constitutionalism), «восстановил публичное право в наше время» (Moyn 2014, 40). Сравнительные конституционные исследования (используется выборка отдельных случаев в разных странах, систематизация страноведческого материала пока не завершена) аргументируют широту распространения в современных конституциях достоинства как субъективного права. Как утверждает Э. Дейли, достоинство признано правом в большинстве конституций мира в современную эпоху и вряд ли новая конституция будет принята без явного признания человеческого достоинства. В конституциях мира это проявляется во многих различных формах: иногда достоинство выступает отдельной ценностью основополагающего значения; в других случаях достоинство связано с конкретными интересами (собственность, защита от медицинских экспериментов) или с определенными слоями населения (женщины, рабочие, пожилые люди или люди с ограниченными возможностями) (Daly 2012, 1–2).

Конституционные модели человеческого достоинства как элементы конституционной идентичности показывают *многообразие подходов* к конституционному регулированию и конституционной политике в области прав человека, правового положения отдельных категорий лиц. Обобщенно данные модели устанавливают: принцип уважения человеческого достоинства; провозглашение достоинства личности высшей конституционной ценностью; принцип охраны достоинства личности государством; человеческое достоинство как основание прав человека; принцип равного достоинства; достоинство как конституционное субъективное право; принцип конституционно-правовой защиты достоинства личности, отдельных групп граждан (дети, женщины, пожилые люди или люди с ограниченными возможностями).

Для современной конституционной теории человеческого достоинства значимы взгляды А. Барака, который отстаивает *важную и самостоятельную ценность* и значение человеческого достоинства в конституционной юриспруденции и в конституционном толковании. Достоинство как конституционная ценность и как конституционное право взаимосвязаны, но существует и их раздельное значение.

Достоинство как конституционное право — понятие более узкое, достоинство как конституционная ценность — более широкое конституционно-правовое явление. В качестве конституционной ценности достоинство имеет несколько ролей в современной конституционной юриспруденции и конституционном толковании. А. Барак указывает на *три роли* достоинства в качестве *конституционной ценности*: 1) достоинство служит нормативной основой для других конституционных прав; 2) достоинство служит толковательным принципом для других конституционных прав (это своеобразный руководящий принцип); 3) достоинство играет роль в анализе соразмерности при рассмотрении вопроса об ограничении тех прав, которые являются конституционными. По мнению ученого и судьи, основа достоинства как конституционной ценности напрямую связана с достоинством человека, так как базируется на человечности (Barak 2015, 103–104).

В настоящей статье осмыслиется взаимосвязь конституционной идентичности, господства права и человеческого достоинства в контексте правовой коммуникации, методологии правового плюрализма, работы символических форм в структуре правовой реальности. Выявляются возможности формирования в России базовых элементов конституционной идентичности, включающих национальные стандарты продвижения господства права, эффективного и благого государства, обеспечения достоинства личности в различных сферах правового регулирования. Продвижение по пути эффективного обеспечения принципа уважения, охраны и защиты человеческого достоинства требует как учета факторов конституционализации и практики конституционного правосудия, так и юридической индивидуализации концепций достоинства личности, перевода на язык прав человека философских и метаюридических категорий, используемых в области социобиологических, моральных, гуманистических и экзистенциальных характеристик достоинства личности. В Российской Федерации одним из ключевых элементов конституционной идентичности может стать «конституционализм человеческого достоинства» (Кравец 2019b, 98–99).

В современной России конституционализм человеческого достоинства уже имеет некоторые конституционно-правовые формы существования, они становятся идентифицирующими чертами отечественной модели конституционной идентичности. К таким формам относятся:

- *принцип уважения человеческого достоинства*; процесс конституционализации основан на интерпретации ч. 1 ст. 21 Конституции РФ («Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления»); именно из презумпции существования уважения человеческого достоинства вытекает конституционный запрет, касающийся появления каких-либо оснований для умаления достоинства;
- *принцип конституционной охраны достоинства личности*, который юридически закреплен в первом предложении ч. 1 ст. 21 Конституции РФ; конституционную охрану достоинства КС РФ связывает с утверждением приоритета личности и ее прав во всех сферах, рассматривая ее «как необходимую предпосылку и основу всех других неотчуждаемых прав и свобод человека, условие их признания и соблюдения»³;

³ Постановление КС РФ от 14.11.2018 № 41-П по делу о проверке конституционности ст. 46

- *принцип конституционно-правовой и конституционно-процессуальной защиты достоинства личности*; данный принцип имеет конституционную основу, интерпретационные положения в правовых позициях КС РФ; он выступает как конституционно-процессуальное средство защиты достоинства личности в контексте как ч. 1 ст. 21, так и ч. 4 ст. 125 Конституции РФ и ст. 96 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» о праве граждан и их объединений на обращение с жалобой в КС РФ;
- *принцип равного достоинства как конституционализированный принцип основ правового статуса личности*, предусмотренных гл. 2 Конституции РФ (ст. 64); правовые позиции КС РФ, судебная и доктринальная конституционализация достоинства личности влияют на перспективы расширения юридического поля действия принципа равного достоинства;
- *субъективное конституционное право на достоинство*, которое имеет доктринальное значение (Бондарь 2017; Кравец 2019b, 98), но может иметь статус конституционализированного основного права человека и гражданина в Российской Федерации, непосредственно не предусмотренного Конституцией РФ, но имплицитно присутствующего и выводимого из положений о том, что «достоинство личности охраняется государством».

Отмеченные конституционные формы конституционализма человеческого достоинства уже становятся интегральными элементами конституционной идентичности в России.

Конституционная идентичность соединяет идеалы конституционализма с идентичностью конституционного сообщества; развитие и укоренение конституционализма связаны с потребностями создания общей конституционной идентичности, которая отличается от национальной, культурной, этнической, в том числе расовой, а также религиозной самобытности. Идентичность страны, политической нации, субъектов конституционного права *конституционализируется* и получает правовое оформление в конституции страны, в практике органов конституционного правосудия, в текущем конституционном законодательстве.

Конституционализация идентичности — это вознесение юридических форм идентичности на конституционный уровень. *Идентичность конституционного уровня* — явление многоплановое и сложное, как правило, многосоставное и многоуровневое, включающее вектор правового прогресса. Тем не менее такая идентичность подвержена изменениям, она не дает гарантии национальным конституциям избежать различных форм преобразований и не служит символом их «вечной неизменности». Как утверждают исследователи конституционных преобразований, «эмпирическая реальность заключается в том, что большинство демократических конституций сегодня подвергаются частым пересмотрам» (Versteeg, Zackin 2016, 657–659), они вряд ли предназначены как для сохранения их содержания, так и для поддержания веры в то, что изменения не потребуются в будущем. Для российской юриспруденции большое значение имеет критическая оценка уровней и форм конституционной идентичности, субъектов и объектов конституционной иден-

Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки И. В. Серegiной. Дата обращения 16 ноября, 2018. <http://www.pravo.gov.ru>.

тичности в процессе правовой коммуникации и продвижения господства права; критический рационализм продуктивен и для осмысления перспектив реализации российской концепции «конституционализм человеческого достоинства».

Рациональные основы права и разумность (пруденциальность) правового мышления во многом опираются на истоки в западной концепции права. Право воспринимается как самоценность (в юридическом позитивизме) и как двойственность права (в естественном праве). Ни юридический позитивизм, ни естественно-правовой подход не позволяют понять взаимосвязь конституционного символизма и господства права в множественных актах коммуникации. Важно отметить необходимость использования междисциплинарного подхода к праву, который «помогает избежать обычных ловушек правового мышления» (Szmodis 2012, 483). Использование дискурсивного метода, ориентированного на междисциплинарный подход к праву, опора на методологию когнитивного конституционализма позволяют создавать открытую модель конституционной идентичности как правового института. *Когнитивная открытость* различных элементов господства права, конституционной идентичности — залог их успешного развития и совершенствования. М. ван Хук утверждает, что в когнитивном плане правовые системы открыты внешнему миру (Хук 2012, 59). Такая когнитивная открытость сдерживается и обусловлена символическими формами в праве, в частности конституционным символизмом.

Историческая социология исследует роль, которую играют основные символические формы в структуре социальной реальности (Giddens 1984). Символические формы в праве развиваются вместе с правом. Как пишет М. ван Хук, «право неизбежно следует за изменениями в обществе с некоторым отставанием» (Хук 2012, 14). Правовой символизм и стабилизирует правовую систему, и ограничивает действие правового прогресса. Конституционные символы являются разновидностью правовой символики, которая включена в современную юридическую идентификацию государства, правовой системы и институтов права. Право в целом и конституционное право в частности — это интеллектуальная система, состоящая из концептов, для которых трудно подыскать соответствие среди объектов материального мира. Не все, но ключевые конституционные концепты играют *символическую роль рукотворного характера*; они формируют и поддерживают интеллектуальное и информационное пространство в области конституционализма и конституционного права. Конституционное право имеет *интеллектуальный, институциональный и материальный* элементы. Господствующее положение в объяснении работы конституционализма и конституционно-правовых институтов занимают используемые концепты как «парадигмальное» явление и часть интеллектуальной традиции. Конституционализм — не только нормативная и институциональная система, не только идеология и практика, не только стандарт требований к политической и правовой сферам и процессуальный аспект конституционного судопроизводства или судебного надзора за конституционностью актов, но и набор политических и правовых символов, сердцевина современного правового символизма, без которого не может быть успешным государство и полноценным — народное (национальное) самоопределение.

Еще в 1936 г. Э. С. Корвин предложил разграничивать «конституцию как инструмент» и «конституцию как символ» (Corwin 1936, 1071–1072). Исследование

правового символизма как важного элемента современной идентичности требует понимания связей между конституцией как символом государства, правовой системы, политической нации и ее основных прав, с одной стороны, и конституционными ожиданиями, демократическим участием и продвижением господства права в стране — с другой. Различные виды коммуникаций задействованы в процессе реализации конституции как символа и как инструмента. В работе «Правовой символизм: о праве, времени и европейской идентичности» Иржи Пршибань формирует представление о роли и силе правового символизма в процессе генерирования конституции и комплексной правовой и политической трансформации, рассматривает конституцию в качестве части правовой, политической и моральной коммуникации в современных политиях (Příbáň 2007, 4–5). Хотя в системе современной представительной демократии концепция политической идентичности в историческом плане определена различием между народом как демосом и этносом (as demos and ethnos), в Российской Федерации формирующаяся конституционная идентичность пока не имеет ясных границ (различий) между россиянами как политической нацией (т.е. демосом) с правами в сфере конституирования правового и политического пространства и россиянами как многонациональным народом с гарантированными правами в сфере национальных, культурных, религиозных отношений.

Немецкий философ Ю. Хабермас считает, что конституционное правосознание имеет вектор движения к постнациональному уровню (Habermas 1996). Он поддерживает немецких юристов-международников, которые используют концепт «конституционализация международного права» для осмысления процесса продвижения господства права и демократии за пределами суверенных государств. Неоднозначное мнению Ю. Хабермаса оставляет открытым вопрос, достижима ли наднациональная конституционная идентичность, хотя он и считает, что концепт «конституционализация международного права» способствует продвижению по пути, который может привести к созданию политической конституции мультикультурного мирового общества без мирового правительства (Habermas 2014, 5–6).

Английский философ Р. В. Скрутон полагает, что поиск и обновление конституционной идентичности проходят в национальных рамках, так как «демократии обязаны своим существованием национальной лояльности» — той лояльности, «которая предположительно разделяется правительством и оппозицией, всеми политическими партиями и электоратом в целом» (Scruton 2004, 1). Венгерский историк А. Сигер консервативен и под влиянием европейского правового популизма отмечает, что конституционное правосознание движется в другом направлении: оно «выживает» на местном уровне в форме «частного (приватного) конституционализма» (private constitutionalism) (Cieger 2016, 145).

В Российской Федерации формирование и использование концепции конституционной идентичности порождают несколько каверзных вопросов: 1) позволяют ли консолидировать нацию и обеспечивать политическое господство поиск ключевых компонентов конституционной идентичности и апеллирование к ним; 2) способствует ли конституционная идентичность продвижению господства права и правовому прогрессу и каковы границы такой идентичности; 3) оформляется ли через конституционную идентичность и конституционную самобытность поиск консенсуса относительно толкования прошлого и фундаментальных консти-

туционных ценностей и конституционных целей развития государства и общества; 4) какие субъекты права участвуют в формировании конституционной идентичности и какова преференциальность между ними; 5) влияет ли на изменение (развитие) конституционной идентичности, на соотношение конституционной и иных видов идентичности (общегосударственной, национальной, религиозной) взаимодействие конституционной и конвенционной юстиции; 6) насколько выше стоит конституция страны «реальных создателей» конституционной идентичности (субъектов, акторов), которые «создают» и «пропагандируют» их право определять, что такое и какова идентичность конституционализма в «русских одеждах»; 7) насколько господство права в российской правовой системе способно умерить политическое господство, освященное нормами конституции, и совладать с притязаниями конституционной идентичности на свою исключительность; 8) содействует / препятствует ли конституционная идентичность повышению качества и эффективности государственного управления и социального благополучия в стране?

Что такое многообразие конституционной идентичности? Можно ли говорить о множественности конституционных идентифицирующих признаков, которые применяются к различным субъектам конституционного права? Расширение сферы действия конституции, ее функций в правовой и политической системах общества, несомненно, сказывается на формировании множественности субъектов конституционной идентичности; само многообразие становится следствием расширения регулирующего воздействия конституционных норм. Теория конституционной коммуникации не только обнаруживает нормативные основы и процедурные каналы конституционного взаимодействия, но и стимулирует идентификацию различных субъектов права через атрибуты конституционного характера. Современные конституции проявляют свою новизну в постепенной социализации и выполнении системообразующей функции: они становятся *юридическим каркасом социальной системы общества и сферой конституционной коммуникации*; они стремятся выполнять стратегические «телеократическую» и «номократическую» функции, выходя за пределы нормативных предписаний, связанных с требованиями к публичной политической власти. Конституционализм воспринимается как *матрица ценностей и целей, принципов и правил*, которые отражены в писаной конституции страны, поддерживаются государственной и конституционной политикой, практикой толкования и реализации конституционных норм в правовом, социально-политическом и социально-экономическом пространстве, олицетворяют как сформированные традиции в публичном праве, так и векторы конституционно-правовых новаций в процессе развития государства и общества.

Российская конституционная *матрица ценностей и целей, принципов и правил* формируется в период после принятия Конституции РФ 1993 г. Такая конституция выступает нормативной и структурной основой для формирования и последовательной реализации «матрицы конституционных целей и ценностей» (Кравец 2019с, 206), в рамках которых развивается правовая система страны, оформляются направления внутренней и внешней политики государства. *Конституционная матрица* становится возможной в силу того, что цели и ценности требуют *интегрированного толкования и согласования с потребностями правового и государственного развития*. Снятие возможных противоречий между целями и ценностями, принципами и правилами, их последовательное воплощение в правовой системе

страны требуют поддержания *идентичности конституции как важнейшей правовой оболочки* взаимодействия различных субъектов права, государства и общества. *Конституционная матрица* вовлекает в процесс создания и обеспечения иерархии ценностей не только официально уполномоченных субъектов толкования норм конституции и законодательства, но и научное сообщество, активных субъектов использования прав и свобод (граждан, их объединений). Ведущие конституционные цели, входящие в матрицу, обеспечивают главные конституционные ориентиры развития правовой системы, общества и государства: продвижение *господства права* в различных сферах правового регулирования; построение *правового, федеративного, социального, суверенного и светского государства*; достижение *благого и эффективного государственного управления*; расширение сферы обеспечения *равного достоинства*; повышение уровня *социального благополучия* граждан, а также *конституционализацию и обеспечение права на социальное благополучие* и др. Конституционные ценности формируются под влиянием целей как главных конституционных ориентиров и служат аксиологической сердцевинкой конституционных принципов и правил. Конституционные принципы — это положения основ конституционного строя, принципы правового положения личности, а также принципы работы различных конституционно-правовых институтов.

Важно, чтобы конституционная идентичность сохраняла интенцию достижения конституционных целей, поддержания и обеспечения конституционных ценностей и принципов, допуская возможность модифицировать конституционные правила, наполняя отечественными особенностями работу конституционных принципов.

2.2. Глобальное возвышение и дилеммы господства права на национальном и международном уровнях

Для одних господство права является недостаточно определенным идеалом или обещанием, для других — инструментом юридического империализма, для третьих — формой оправдания злоупотреблений правом или правами при игнорировании справедливости, для четвертых — вместилищем современных импульсов правового и политического популизма. В связи с этим требуют большего прояснения взаимоотношения господства права с конституционализмом. Как отмечает С. Баер (ученый-правовед и судья Федерального конституционного суда Германии) в статье «Господство не любого права. О конституционализме», существуют проблемы воплощения господства права, и в условиях возникающих рисков «необходимо объяснять и защищать конституционализм как основу демократических обществ, которые заслуживают этого названия» (Baer 2018, 335–336).

Будущее права зависит одновременно и от того, что мы в него привносим, и от того, с чем мы растаемся без какого-либо сожаления, возможно, благодаря способности человеческого разума очищаться от заблуждений и предрассудков, а в немалой степени и потому, что благоразумные (пруденциальные) основания права способны к возрождению. Если их и затмевает временами пелена неведения, то она не может оставаться слишком долгой под лучами проникающего критического рационализма. Термин «rule of law» и его изначальное определение предложил английский профессор А. В. Дайси (Dicey 1982, 107–122); правовая судьба это-

го концепта превзошла очевидные ожидания. А. В. Дайси использовал при характеристике английской конституции выражения «the supremacy» и «the rule of law» как синонимические, полагая, что они отражают особенности не только Конституции Великобритании, но и правопорядка в целом. Его стремление прояснить значение данного понятия базировалось на понимании того, что выражения «правление права» или «верховенство права» (government of law, supremacy of law) полны неопределенности и двусмысленности. Он утверждал: «Если мы когда-либо оценим всю важность идеи, обозначаемой термином “господство, верховенство или преобладание права”, мы должны сначала точно определить, что мы подразумеваем под такими выражениями, когда применяем их к британской конституции» (Dicey 1982, 109–110). Термин «rule of law» в современной юридической лингвистике имеет разнообразные текстуальные выражения, только в российском юридическом языке конкурируют два перевода: «господство права» и «верховенство права». Сфера его применения и продвижения значительно расширилась и теперь касается не только конституционного или уголовного права, но и иных сегментов национальной правовой системы, международных отношений и наднационального права. Обсуждается и концепт глобального господства права.

Уильям Конклин, исследуя особенности *структурированного правового времени*, отмечает: «Многие считают, что настоящее представляет собой источник господства права и цивилизации» (Conklin 2018, 296). Он вводит понятие «структурированное время конституции». Выйдя за пределы настоящего, мы можем оказаться в новом структурированном времени, которое еще не было опознано. Поскольку время измеримо (или мы так считаем) в структурированном времени конституции или структурированной исторической фазе внутри структурированного времени конституции, только прошлое и настоящее могут рассматриваться как «вовремя» или происходить «во времени». Имея «цивилизованную» систему централизованных институциональных источников, мы представили законы как понятия, о которых мы размышляем и по поводу которых принимаем решения. Внутри структурированного времени конституции в целом такие последовательные исторические периоды представлены серией «сейчас». Каждое прохождение распознается после того, как период был прерван новым структурированным временем (Conklin 2018, 296–297). Размышления У. Конклина о структурированном времени конституции приводят к мысли о *неожиданности* или даже *непредсказуемости* следующего этапа в структурированном времени, если предпосылки для следующего (нового) этапа не заложены с определенной ясностью в предшествующий период. Такие предпосылки могут иметь как *прогрессивный*, так *регрессивный* вектор развития. Прогрессивный вектор развития в формировании структурированного времени конституции предполагает наличие *институтов и принципов саморазвития, в том числе саморазвития конституции* (как отсутствие чрезмерных структурных и нормативных препятствий).

Необходимо прилагать усилия и создавать новые структурные элементы писаной конституции (в России — Конституции 1993 г.), чтобы структурировать будущее время как способное к саморазвитию конституционных институтов. В такой же степени конституционализация элементов господства права как в тексте конституции, так и в практике конституционного правосудия создает предпосылки для появления структурированного времени, в котором уже существуют опреде-

ленные «вехи» или «маркеры» («диктатура закона», «сильное государство», «исполнение решений ЕСПЧ, не противоречащих букве Конституции РФ»). Новая веха структурированного времени конституции может появиться в России в случае открытия закрытой структуры Конституции РФ 1993 г. (Кравец 2019а, 19–20).

Глобализация опосредуется юридическими нормами и правовыми институтами, формируя представления о перспективах глобального права. В дискуссиях вокруг *идеи глобального права*, которая имеет глубинные истоки и в то же время глубоко оспаривается, проявляются и вера в торжество права, и сомнения в оправданности «правового империализма» перед лицом разнообразия юридической картины мира и культурно-правового плюрализма. С идеей культурно-правового плюрализма связывается и концепт конституционной идентичности государства и нации; в такой идентичности общее и частное, универсальное и самобытное сосуществуют так же, как в справедливости и человеческом достоинстве. Если идее глобального права суждена долгая жизнь на земле, под сенью колыбели всего человечества, то она будет приобретать различные формы, имеющие своим источником различные модели правового регулирования (в том или ином воплощении господства права), обогащенные опытом и ценностями всего человечества. Язык современного права способен к межкультурной коммуникации, к адаптации через поддержание многообразия и глобального правового плюрализма. Попытки переосмыслить концепцию господства права для глобализирующегося мира предпринимаются в современных исследованиях (Zifcak 2005, 1). Ч. Сэмпфорд (профессор права, Университет Гриффита, Брисбен, Австралия) выступает за «переосмысление либерально-демократических ценностей и за их реструктуризацию для глобального мира, требующих нового просвещения». Ключевая цель глобального просвещения — это потребность «цивилизовать все более суровую мировую экономику». В сравнении с просвещением в XVIII в., когда стояла задача осуществить «процесс цивилизации абсолютистских поствестфальских государств», теперь задача усложнилась существованием глобальных проблем экономического, социального и экологического порядка. По мнению автора, из всех ценностей глобального просвещения ценность господства права является первичной, хотя и не единственно важной (Sampford 2005, 9–10).

При всей неоднозначности и множественности оценок концепции господства права очевидно, что ее привлекательность завораживает и сторонников, и противников, как явных, так и скрытых в недрах различных традиций правопонимания. В словах Т. Гинзбурга уже скрыта эта неоднозначная привлекательность, когда он говорит, что господство права — «это не только философская концепция, но и многомиллиардная индустрия и доминирующий идеал нашего времени» (Ginsburg 2011, 224). В своей более поздней книге (совместно с Азизом Хуком) Гинзбург ставит проблему сбережения конституционной демократии, критически осмысливая структурные и процедурные недостатки американской конституции в контексте сравнительного конституционного дизайна. По его мнению, конституционные нормы могут либо препятствовать, либо ускорять упадок демократических институтов; современная «отрезвляющая реальность» для Соединенных Штатов заключается в том, что в гораздо большей степени, чем это принято считать, дизайн конституции делает демократическую эрозию более вероятной, чем можно было подумать (Ginsburg, Huq 2018, 1–5); это подрывает и господство права. Другие счи-

тают, что без господства права демократия вообще неосуществима (Hostettler 2011, 19), хотя историки права доказывают, что формы господства права существовали до современных демократических государств.

Имеются ли объективные причины для завышенных ожиданий от успеха доктрины господства права и движения в поддержку его развития? Процесс возвышения господства права, несмотря на серьезные возражения критиков и обвинения в новой волне «правового империализма» или «неоимпериализма», имеет важные многофакторные причины. Во-первых, продолжают существовать и возникают новые посткризисные, постконфликтные и переходные общества, в которых продвижение господства права с привлечением международных усилий содействует нормализации государственной и общественной жизни. Во-вторых, движение в защиту прав человека (на международном, региональном и национальном уровнях) нуждается в концепте «господство права», поскольку соблюдение процессуальных норм, судебная защита и проверка актов органов государства выступают необходимой предпосылкой для повышения эффективности защиты основных прав и свобод личности. В-третьих, международный, глобальный и транснациональный конституционализм формируется под влиянием Всемирного банка, транснациональных корпораций, которые стремятся продвигать господство права в целях защиты частной собственности, соблюдения контрактов и основных принципов свободного рынка. В-четвертых, экспертные оценки эффективности международной и национальной безопасности среди важных и действенных факторов международного сотрудничества и внутригосударственных действий включают поддержание господства права ради более эффективного противодействия терроризму. В-пятых, межгосударственная правовая коммуникация по многим вопросам сотрудничества и развития успешнее идет в условиях внутригосударственного признания и поддержания господства права. Концепт господства права в международных отношениях дает возможность вырабатывать и согласовывать различным государствам модели правового регулирования для согласованного внедрения их на региональном или национальном уровнях. Отмечается, что господство права занимает центральное положение и обеспечивает стабильность в современном демократическом обществе (Brooks 2003, 2276–2277). Как принцип права и управления, *господство права содействует международной безопасности*, хотя и не может ее гарантировать в полной мере (дать гарантии от гибридных или иных войн).

Концепция господства права применяется на национальном и международном уровнях, однако существуют различия в ее понимании и содержательном определении. Хотя господство права как концепт вырабатывалось в английском общем праве, современные теории права различного толка осваивают, инкорпорируют и пытаются объяснить роль данной доктрины в развитии теоретических представлений о природе права. И доктрина юридического позитивизма, и историческая школа права, и естественно-правовая доктрина, и новейшие течения в области теории права (коммуникативная теория), и аналитическая юриспруденция отражают свой взгляд на господство права. Здесь, думается, применим общий интеллектуальный уровень осмысления правовой теории и правовой реальности. Как отмечают Т. Гинзбург и Н. Стефанопулос, «концепции являются строительными блоками правовой доктрины»; все правовые нормы и стандарты, по сути, формируются через

объединение концептов различными путями». И в этом случае важно, иметь достоверные критерии эффективности и полезности таких концептов. «Не существует единого мнения относительно того, что делает правовую концепцию полезной или неэффективной», стоит ли сохранить ту или иную концепцию или она нуждается в пересмотре. Один из наиболее важных критериев, применяемых в социологии, — это *измеримость*, т. е. способность, по крайней мере в принципе, оценить концепцию с помощью данных (Ginsburg, Stephanopoulos 2017, 147–148). Следовательно, эффективность доктрины господства права может иметь и имеет (на международном уровне) показатели или индексы. Вместе с тем внутри страны (например, Российской Федерации) не выработаны и не используются показатели эффективности господства права; идет сложный процесс юридического согласования верховенства конституции и верховенства международного права (Кравец 2018, 171–172). С учетом федеративного и многоуровневого характера территориальной организации государства, в котором есть два субфедеральных уровня (региональный, т. е. субъекты РФ, и муниципальный), очевидно, и показатели эффективности господства права должны иметь как общие для всех трех уровней публичной власти значения, так и различающиеся в силу иерархичности системы права, многоуровневой системы источников права, сложной системы разграничения полномочий между тремя уровнями организации публичной власти.

Популярность выражения «the rule of law» и стоящей за ним концепции сочетается с размыванием четких юридических границ, а также спорами о соотношении юридического и морального статусов данной доктрины, возможности ее адекватной трансплантации в иные правовые системы и на международный уровень. Понятие «господство права», как и сам термин, возникли в английской конституционной доктрине общего права. По мнению лорда Бингхэма, смысл этого конституционного принципа считался слишком ясным и понятным, чтобы требовать законодательного определения, и господство права регулярно используется английскими судьями в их решениях (Bingham 2007, 67–68). Принцип господства права упоминается в Акте о конституционной реформе 2005 г. в Великобритании, но в нем не раскрывается; тем самым подтверждается его конституционный статус⁴. В ч. 1 ст. 1 («Господство права») говорится: «Этот закон не оказывает неблагоприятного воздействия на а) существующий конституционный принцип господства права, или b) существующую конституционную роль лорда-канцлера в отношении этого принципа»⁵. Он применяется как в материальном, так и в процессуальном праве страны; суды играют важную роль в определении границ законодательного суверенитета парламента. В деле *Джексон против генерального атторнея*, в котором оспаривалась законность парламентских актов 1911 и 1949 гг., ограничивающих законодательные полномочия палаты лордов, лорд Хоуп справедливо заметил: «Господство права, обеспечиваемое судами, является контролирующим фактором, на котором основана наша конституция»⁶.

⁴ Constitutional Reform Act. 2005. Дата обращения 21 августа, 2020. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga_20050004_en.pdf.

⁵ Перевод профессора В. В. Маклакова отличается: «...ничто в настоящем акте не затрагивает — (а) существующий конституционный принцип господства права, или (b) существующее конституционное положение лорда-канцлера в реализации этого принципа» (Маклаков 2012, 52–53).

⁶ Дело о запрете охоты на лис. [2006] 1 AC 262; *Jackson and others (Appellants) v. Her Majesty's Attorney General (Respondent)*. [2005] UKHL 56, p. 50. *House of lords. Opinions of the Lords of Appeal for*

Австралийский судья, рассматривая британскую концепцию господства права, отмечал, что в ней есть место и верховенству права (*supremacy of the law*). Суть концепции заключается в том, что суды должны игнорировать как несанкционированные и аннулировать действия «любого органа государства, будь то законодательного или административного, которые выходят за пределы полномочий, которые этот орган получает из закона» (Dixon 1936, 10; Dixon 1935, 590, 596). В другой статье сэр Оуэн Диксон указывал, что Австралийское Содружество приняло англо-американскую доктрину господства права, которая чужда системе римского права; она выросла, сохраняется и передается благодаря общему праву (*common law*). В связи с тем, что австралийская правовая система базируется на кодифицированной писаной конституции⁷, большое значение имеет связь концепции господства права с конституционализмом как верховенством писаной конституции. В самом тексте Конституции Австралии нет ссылок на принцип господства права, и он применяется как элемент общего права. По мнению О. Диксона, без концепции господства права теория жесткой конституции (*rigid constitution*) «никогда бы не выросла, и эта теория необходима федерализму» (Dixon 1942, 733).

Американская версия господства права значительно модернизировала британскую концепцию, создав доктрину конституционализма как верховенства писаной конституции. Теперь источником не только власти, но и полномочий органов государства признавалась писаная конституция, а не закон парламента. Это была конституционная позиция тринадцати американских колоний, когда они провозгласили свою независимость. Их восстание было направлено против превосходства британского парламента. Поэтому можно считать, что Декларация независимости Соединенных Штатов⁸ подразумевает передачу этого превосходства их собственным законодательным органам, пока еще не была принята общенациональная конституция. Однако данная точка зрения не соответствовала республиканским принципам, включавшим в себя доктрину, согласно которой основным источником государственной власти являются управляемые граждане. Верховенство права стало толковаться как верховенство основного закона, исходящего от народа, каким стала общенациональная конституция. Отныне господство права включало (в отличие от британской версии) верховенство писаной конституции над иными правовыми актами учрежденных государственных органов. Как пишет О. Диксон, такая доктрина с перенесенным превосходством сначала от парламента Британии к законодательным органам североамериканских колоний, а затем к общенациональной легислатуре и писаной конституции стала заветной доктриной американской демократии (Dixon 1936, 10–11).

В сравнительном конституционном праве не сформировалось устойчивого представления о *желательности* или *необходимости* фиксации принципа господства права и его базовых элементов в современных конституциях. Объясняется такой подход, скорее, сомнительной ясностью доктрины, отсутствием четких кон-

Judgment in the Cause. Дата обращения 21 августа, 2020. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051013/jack.pdf>.

⁷ Commonwealth of Australia Constitution Act. 1901. Дата обращения 21 августа, 2020. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013Q00005>.

⁸ United States Declaration of Independence. 1776. Дата обращения 21 августа, 2020. <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>.

ституционных моделей регулирования в страноведческом плане, продолжающейся дискуссией о степени универсальности (или самобытности) понятия и концепции господства права, происхождение которой нередко вызывает упреки в адрес Великобритании и стран общего права об экспансивном стремлении распространить доктрину и ее правовое содержание под флагом юридического империализма. Компаративизм в конституционной сфере признает «анатомические» характеристики господства права (традиционные описания) и «телеологические» компоненты доктрины, хотя их значимость, взаимосвязь и приоритетность подвергаются критическому осмыслению. Как пишет М. Кригер, обусловленные господством права такие элементы, как «правовые институты, правила и практика, а иногда и достижения», нередко противопоставляются явно «телеологическому» подходу, начинающемуся «с размышлений об имманентных целях и ценностях господства права», для чего оно нужно, и только затем излагается объяснение, как такие цели могут быть достигнуты (Krygier 2012, 233–234). Господство права — это мощная идея, вместе с тем частично совпадающая с такими доктринами, как конституционализм, надлежащая правовая процедура, законность, справедливость и суверенитет, которые участвуют в осмыслении роли права (не только закона) в хорошо организованных государствах и обществах.

Сторонники концепции господства права, например Дж. Хостеттлер (Hostettler 2011), М. Кригер (Krygier 2012, 233) и другие, объясняют невозможность построения демократии без эффективных правовых регуляторов, без правопорядка. Господство права оказывается недостижимым в условиях «личного» или «деспотического» правления. Правопорядок, основанный на согласии управляемых, защите основных прав и свобод, социальном благополучии, необходим для осуществления господства права и социальной справедливости.

2.3. Ипостаси господства права и перспективы конституционализации российской модели

Различные элементы и формы господства права обнаруживают себя в различные исторические эпохи: в Античности, Средние века, Новое и Новейшее время. В контексте английского происхождения господство права сформировалось в течение нестабильного и трудного XVIII в. Как отметил английский историк Э. П. Томпсон, высоко оценивший английскую доктрину господства права, она может рассматриваться как «безусловное человеческое благо» и одновременно как «культурное достижение универсального значения» (Thompson 1975, 265–266). В дальнейшем данное суждение подвергалось критике (чаще слева, чем справа) или служило проводником развертывания английского экономического и юридического империализма. Исследователи господства права в контексте истории, политики и теории отмечали, что Э. П. Томпсон был прав во многом, но не во всем. Так, Брайан Таманаха (из Школы права Университета Вашингтона в Сент-Луисе) пишет: «Когда господство права понимается как означающее, что правительство ограничено законом, первой совокупностью смыслов, Томпсон прав, что это универсальное человеческое благо». Наследие данной идеи, впервые прочно утвердившееся в Средние века, существовало до либерализма; оно по своей природе не связано с либеральными обществами или с либеральной формой правления (Tamanaha 2004,

137). В современных государствах с различными моделями конституционализма господство права как доктрина приспособляется для достижения эффекта демократического правления, повышения качества и эффективности государственного управления и формирования атрибутов конституционной идентичности.

Концепция господства права имеет английскую и американскую ипостаси. В процессе развития она стала довольно перегруженной во внутрисударственном праве, обросла смежными правовыми принципами и отраслевыми аспектами. Многие ученые стали говорить о расплывчатости понятия из-за идеологического злоупотребления и общего чрезмерного использования (Owada 2009, 188; Bingham 2011). Как современные проблемы геополитического и международного характера, так и события «в истории права с готовностью демонстрируют порой неустойчивый характер» господства права и потребность в «защитниках», которые готовы его поддержать. По мнению Джона Хостеттлера (1925–2018), «демократия без господства права не имеет смысла» (Hostettler 2011, 19–20), и для некоторых людей центральное значение господства права, в отличие, например, от понятия человеческого достоинства, не является интуитивно понятным.

Во второй половине XX столетия происходит постепенное *транспонирование доктрины господства права на международный уровень*. Фундаментальное исследование влияния господства права как концепции на регулирование международных отношений было опубликовано в 2004 г. (Каламкарян 2004). Проблема транспонирования доктрины господства права на международный уровень, выявления сфер и направлений международно-правового регулирования и использования доктрины в международных отношениях обсуждается в современном международном публичном праве. Сегодня можно наблюдать *две разнонаправленные, но взаимосвязанные тенденции*: одна из них показывает постепенное *возвышение концепции господства права на глобальном уровне* и продвижение ее через деятельность ООН, других международных организаций и межгосударственных объединений (с проблемными зонами и критическим осмыслением); вторая выявляет *сложный процесс адаптации элементов господства права* к национальным и культурным особенностям, экономическим и социальным условиям развития отдельных стран, регионов и групп государств.

Международный контекст распространения доктрины господства права, наличие этически нагруженных характеристик в исследованиях по «продвижению господства права» в переходных, постконфликтных обществах, наконец, экстраполяция существенных черт империализма на правовую сферу привели к возникновению «правового империализма» («неоимпериализма», «неоколониализма»), который имеет сторонников и противников (Humphreys 2012; Schmidhauser 1989; Brooks 2003). Существует глубокая критика современного западного права и, как следствие, доктрины господства права. В 1992 г. П. Фицпатрик (профессор из Университета Кента) опубликовал книгу «Мифология современного права», где раскрыл основополагающую связь между расовым империализмом Европы и концепцией современного права (Fitzpatrick 1992). Последователи данной критики идут дальше и распространяют ее на сферу «права и развития», которая значительно обновилась за последние три десятилетия во имя «господства права». По мнению Ш. Чалмерса (из школы права Университета Мельбурна), мифология современного права существует и в сфере развития господства права. Анализируя индексы

господства права (World Justice Project's Rule of Law Index®), практику обращения к помощи ООН в области господства права, Доклад о мировом развитии Всемирного банка за 2017 г., автор показывает, как мифология современного права в его расовой имперской форме становится неотъемлемой частью продвижения международного правопорядка (Chalmers 2019, 1–2). Одно из последствий этого — отказ от «местного» права в силу господства права, которое получает свою власть, заявляя, что оно реагирует на правовой плюрализм. Скептически осмысляются возможности «мифологического правового плюрализма». Важность данного открытия заключается в том, что оно привлекает внимание к расовому империализму, отрицающему законы обществ по всему миру, а также способы, которыми такие законы уже правят, и в то же время отрицает подобное отрицание. Это мифология международной пропаганды господства права. Предполагается, что «господство права», которое поощряется, должно основываться на местных формах права и реагировать на них (посредством нации). Данное предположение отрицает способы, которыми универсальный международный правопорядок отменяет конкретные законы, на самом деле на территории государств вместе с их режимами правления. Неизменная ценность рассказа Фицпатрика о мифологии современного права состоит в том, что он разоблачает действие этого двойного отрицания, демонстрируя насилие, которое имеет целью действовать во имя народов мира, отрицая их законы и то, как они (законы) управляют (Chalmers 2019, 24). Существуют и более умеренные взгляды, признающие, что значительная работа, направленная на «содействие господству права» (promoting the rule of law), имеет некоторые черты «неоимпериализма». Тем не менее, «несмотря на множество точек соприкосновения между прошлым и настоящим правовым вмешательством», обвинение в неоимпериализме является «чрезмерным и редко разъясняющим» (Humphreys 2012, 475).

Отмечается также, что принятый в практике международных отношений концептуальный подход к разработке и реализации инициатив по обеспечению господства права на национальном уровне предполагает особое внимание к осмыслению *взаимосвязи между господством права, демократией, правами человека и развитием* (Ochoa 2015, 78–80). Во многих исследованиях критически оцениваются многие индексы господства права, применяемые на международном уровне (Chalmers 2019).

Господство права имеет ключевое значение как для концепции современного государства, так и для изучения международного права и международной политики. Российская Федерация как участник международных отношений вынуждена выработать свое отношение к двум версиям господства права: 1) внутренней — для продвижения защиты прав и свобод, демократического правления и национальной идентичности; 2) международной — для поддержания и использования престижа международного права. Обе версии господства права изобретены в качестве решения самых разных проблем (Hurd 2015, 366–368).

Международный правопорядок существует в ожидании того, что государства объяснят свою внешнюю политику с точки зрения соответствия нормам международного права. Подобное ожидание — современная константа публичной дипломатии государств: правительства оправдывают свои действия как соответствующие их международным правовым обязательствам. Такая практика оправдания и ее ожидание со стороны других являются «международным господством права».

В отечественном сегменте господство права решает проблему централизованной власти. Предполагается ограничить осуществление государственной власти и создать стабильный набор известных правил, которые в равной степени распространяются на всех граждан. В международных делах господство права — ответ на отсутствие такой централизованной власти, а также на внешние эффекты, неэффективность и другие последствия формально децентрализованного и раздробленного устройства власти, характерного для системы суверенного государства. Таким образом, межгосударственные отношения основаны на другой модели отношений между агентами и правом. Некоторые элементы, имеющие большое значение для господства права внутри страны (например, определенный вид контроля над политической властью), плохо соответствуют международным условиям. Но другие (такие как легитимность передачи обязательств посредством согласия) лучше подходят для международного сообщества, чем для внутреннего господства. Это связано с тем, что субъекты международного права (т.е. государства) совершают весьма явные акты согласия с юридически обязательными правовыми документами (актами), в то время как внутренняя теория общественного договора бесконечна и существуют проблемы с указанием того, как или когда люди дают согласие на свое государство. Несмотря на эти различия, две версии обычно объединены общей приверженностью либеральному нормативному взгляду на политику и общество. В частности, правовой либерализм предполагает, что господство права естественным образом порождает ценные общественные блага, которых не хватает в достаточном количестве в отсутствие господства права. Таким образом, господство права — альтернатива произвольному осуществлению власти, а конечный продукт системы господства права — выбор субъектами права соблюдения правил.

Конституционализация господства права продвигает верховенство конституции и одновременно обеспечивает распространение приверженности конституционным ценностям как ожиданиям, способным улучшать государственное управление и социальное благополучие. В природе конституционного права заложено его превосходство над неконституционными нормами. Конституционализация правила (или нормы) означает ограничение для его (ее) создателей неконституционного права, которое они бессильны игнорировать. Этот принцип лежит в основе судебного надзора и конституционного контроля. Когда суды признают недействительными законы, опираясь на конституционные основания, они обращают внимание на *лексический приоритет* конституционного права, выбирая принудительное применение конституционной нормы, а не неконституционной нормы, с которой она вступает в противоречие (Soenen 2013, 684). В Российской Федерации в силу существования централизованной системы конституционного контроля (с необязательным созданием и функционированием региональных органов конституционной юстиции) *лексический приоритет конституции и конституционного права* означает, что Конституционный суд РФ должен содействовать принятию обращений граждан и их объединений на нарушение конституционных прав, свобод законом, примененным в конкретном судебном деле, создавая для граждан и их объединений *конституционные привилегии* в судебной системе.

На современном этапе развития международного правопорядка и участия России в продвижении господства права необходима *конвергенция идеи господства права и правового плюрализма*. После десятилетий разочаровывающего прогресса в по-

строении господства права в обществах, страдающих от плохо функционирующих правовых систем, сообщество разработчиков обратило свое внимание на правовой плюрализм. Правовой плюрализм — важная черта во многих контекстах развития, что имеет как негативные, так и позитивные последствия для господства права. Негативные вопросы вращаются вокруг того, мешает ли или в какой степени присутствие множества сосуществующих правовых форм может мешать или препятствовать усилиям по установлению господства права. Положительные вопросы вращаются вокруг того, могут ли альтернативные правовые формы в ситуациях правового плюрализма удовлетворять функциям господства права, которые неспособные государственные правовые системы не в состоянии обеспечить (Tamanaha 2011).

2.4. Конституционная идентичность: стабильность и динамизм в контексте конституционного патриотизма

Настойчивое пожелание Г. Дж. Джейкобсона, чтобы «концепция конституционной идентичности была в центре конституционной теории» (Jacobsohn 2010, 3), приобретает особую значимость в российском конституционном ландшафте. На развитие доктрины конституционной идентичности в России оказывает влияние практика конституционного правосудия, которая стимулирует выработку правовых и политических мер в ходе защитной конституционной модернизации. Концепт «конституционная идентичность» в российской практической конституционной юриспруденции впервые был использован в следующих постановлениях Конституционного суда РФ:

- от 14.07.2015 № 21-П по делу о проверке конституционности положений ст. 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», п. 1 и 2 ст. 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», ч. 1 и 4 ст. 11, п. 4 ч. 4 ст. 392 Гражданского процессуального кодекса РФ, ч. 1 и 4 ст. 13, п. 4 ч. 3 ст. 311 Арбитражного процессуального кодекса РФ, ч. 1 и 4 ст. 15, п. 4 ч. 1 ст. 350 Кодекса административного судопроизводства РФ и п. 2 ч. 4 ст. 413 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной думы⁹;
- от 19.04.2016 № 12-П по делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией РФ Постановления Европейского суда по правам человека от 04.07.2013 по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции РФ¹⁰ по вопросу о возможности исполнения указанного Постановления ЕСПЧ (жалоба № 11157/04 и 15162/05), в котором утверждалось, что норма Конституции РФ (ч. 3 ст. 32), запрещающая участие в выборах лицам, содержащимся в местах лишения свободы, не соответствует Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

⁹ *Российская газета*. 27.07.2015. Дата обращения 21 августа, 2020. <https://rg.ru/2015/07/27/ks-dok.html>.

¹⁰ *Российская газета*. 05.05.2016. Дата обращения 21 августа, 2020. <https://rg.ru/2016/05/05/sud-dok.html>.

Идентифицируя природу конституционной идентичности, очевидно, необходимо иметь хотя бы рабочее определение. По мнению председателя Конституционного суда РФ В.Д. Зорькина, «основу жизненной позиции гражданина <...> составляет конституционная идентичность» (Зорькин 2018). Такая идентичность противостоит глобализации и, с точки зрения В.Д. Зорькина, является «естественным желанием противопоставить стихийным процессам социокультурной глобализации понимание собственной специфики, не поддающейся универсализации». Как подходить к такому определению конституционной идентичности? Опираясь на взгляды профессора Дж. Сартори, можно сказать, что определения — это не частные соглашения каждого из ораторов, а хранилища прошлого опыта, сформированного прежней практикой. Мы приводим их в соответствие с современностью, но их конечная истинная ценность заключается в том, что они говорят нам, как вести себя, подобно опытным людям, в ситуациях, к которым каждое новое поколение подходит, не имея опыта. Именно поэтому мы не обречены на солипсический конвенционализм и вправе искать «истинное определение» (касающееся, конечно, основного значения) равенства, свободы, закона, конституции и т. д. (Sartori 1962, 858). Предшествующий опыт России (особенно периода СССР) аккумулирован в размышлениях В.Д. Зорькина о конституционной идентичности в виде преобладания правового изоляционизма над эволюционными и прогрессивными моментами конституционной модернизации.

Конституционная идентичность рассматривается современными исследователями как диалогический процесс. Такой процесс «формирования идентичности» позволяет нам определить конкретную идентичность любой данной конституции. Представляя собой совокупность устремлений и обязательств, выражающих прошлое нации, конституционная идентичность также развивается в текущих политических и толковательных действиях, происходящих в судах, законодательных органах и других общественных и частных сферах (Jacobsohn 2006, 361). Связаны ли (и если да, то в какой мере) конституционная идентичность и продвижение господства права в российской юриспруденции и правовой действительности? В России элементом конституционной идентичности государственного уровня является представление, что государство самостоятельно вправе определять границы и степень исполнения решений межгосударственного органа в сфере защиты прав и свобод личности; при этом государство не основывается на каком-то ясном стандарте осуществления господства права, хотя и опирается в определенных случаях на буквальное (не эволютивное или конструктивное) понимание основного закона страны. Следует связывать конституционную идентичность с принципами российского конституционализма, его эволюционными возможностями и российскими стандартами осуществления господства права. Диалогический процесс формирования и развития конституционной идентичности охватывает специфические черты не только конституции страны, но и конституционного права, конституционализма и прав человека в конституционном пространстве. Диалог охватывает не только действующих субъектов конституционного права, но и различные поколения, участвующие в создании и поддержании, развитии конституционной идентичности. Как констатирует Брюс Арнольд Акерман, на протяжении «более двух веков конституционное право создавалось путем диалога между поколениями». Американское конституционное право развивалось под влиянием следующего

фактора (влияющего на конституционную идентичность): «Когда новички вытесняют своих предшественников, они начинают бросать вызов частям наследства, которое они унаследовали, лелея другие элементы своей традиции. Динамика вызова и сохранения ведет к постоянным усилиям по синтезу — оставляя следующему поколению наследие, которое снова провоцирует очередной цикл критики и трансформации, когда родители, бабушки и дедушки покидают конституционную стадию» (Askerman 2014, 3104). В российской конституционной действительности диалог между поколениями, между различными субъектами конституционного права пока не оказывает значительного влияния на «императивные» атрибуты сформированной государством конституционной идентичности.

По мнению Анаит Манасян, конституционная идентичность — это «оригинальность, индивидуальность и уникальность данной конституционной системы»; она состоит не только из изначально существующих черт (особенностей), которые придают «данной системе качество уникальности, но и из особенностей более крупных систем, которые заимствованы конституционной системой» (Manasyan 2018, 81). Однако уникальность и оригинальность конституционной системы должны соединяться с коммуникативной и когнитивной открытостью конституционализма и конституционной идентичности. Идентичность конституции и идентичность конституционализма — не мертвый слепок, а развивающиеся системы конституционной коммуникации, которые включают стремление правовой системы страны повышать степень гарантированности и стандарты реализации прав и свобод.

Невнимание к конституционной идентичности, казалось бы, преодолено значительным числом публикаций по данной теме. Идентичность получила «конституционные одежды» и стимулировала обсуждение смежных научных и практических вопросов. Текст писаной конституции всегда является *нормативным* и *семантическим* источником конституционной идентичности, хотя конституционная семантика не всегда ограничивается истолкованием буквального смысла слов, образующих конституционные положения. Важны концепты, доктрины или терминосистемы — в итоге принятая во внимание *парадигма конституции* и *конституционного истолкования*. Современное телеологическое определение конституции раскрывается через «идею конституционализма как ограниченного правления», которой не было до современности; в первоначальном значении латинского термина «constitution» в античный период этот смысл отсутствовал. Как полагает Дж. Сартори, «латинский термин *constitutio* означал полную противоположность тому, что сейчас понимается под конституцией» (Sartori 1962, 853). Цель (*telos*) конституции была гарантией для прав отдельных граждан, накладывая ограничения на государственную власть. Интерпретируя взгляды Дж. Сартори, Грэхем Мэддокс отмечает, что открытие принципа конституционализма как ограниченного правления «дало конституции ее современное телеологическое определение» (Maddox 1982, 805).

Телеологический подход к конституции и конституционализму сегодня учитывает множественность целей конституционного регулирования. Конституционная телеология расширяет возможности и для интерпретации целей использования конституционной идентичности как доктрины. Вместе с тем цели гарантирования прав и ограничения публичной власти должны сохраняться в определенной пропорции в российской доктрине конституционной идентичности. Однако рос-

сийский (и европейский) опыт интеграции и отечественный опыт взаимодействия с европейским правовым пространством показывает, что данная доктрина может служить различным целям.

Первая цель: она может идентифицировать атрибуты и свойства отечественного конституционализма, отдельных конституционно-правовых институтов, формировать целевые ориентиры для законодательства и государственно-правового развития страны; создавать «образы», «стереотипы» национальной конституционно-правовой коммуникации; стимулировать выборку и применение методов и способов интерпретации текста конституции; открывать диапазон вариативности конституционного и правового развития страны с использованием международного, регионального и иностранного опыта в контексте оценки возможной приемлемости для отечественного правового и политического прогресса.

Вторая цель: конституционная идентичность в контексте сравнительного конституционализма может противостоять авторитаризму и тоталитаризму, недемократическим политическим режимам, демонстрируя индикаторы внутреннего конституционного развития, иностранных или сравнительных моделей конституционализма, выполняя роль индивидуализации конституционных качеств правового порядка и правовых институтов.

Третья цель: идентичность в «конституционных одеждах» в ряде случаев может играть замещающую роль: модифицировать представления о политическом и государственном суверенитете какой-либо национальной юрисдикции и создавать эффект конституционализации идентичности, которая тем самым становится как бы поглощенной конституционно-правовой формой существования.

Достижение целей показывает функциональную значимость доктрины конституционной идентичности, а ее использование в конституционном правосудии, конституционной политике и общественном сознании приводит в движение процесс распознавания конституционных прав, гарантий и обязанностей, конституционных обещаний в публичной политике. Следовательно, функционализм конституционной идентичности может следовать общему подходу в сравнительном конституционном праве — как «конкретные конституционные положения создают механизмы, которые выполняют определенные функции в системе управления»; он может «помочь идентифицировать эти функции и показать, как различные конституционные положения выполняют одну и ту же функцию в разных конституционных системах» (Tushnet 1999, 1228). Вместе с тем, претендуя на самобытную форму существования в каждой национальной конституционной юрисдикции, конституционная самобытность сама становится продуктом диалога не только истории, права и культуры, но и диалога различных конституционных культур в процессе взаимного обмена и развития (на внутригосударственном, наднациональном и международном уровнях).

Формирование конституционной идентичности подразумевает, следовательно, плюрализм, дискуссию, свободу прямого и непринужденного высказывания, широкую открытость, а не самоизоляция и сценарное единодушие (Джагарян 2018, 98). Гари Джеффри Джейкобсон пытается сформулировать важные содержательные компоненты конституционной идентичности, одновременно стремясь преодолеть «недостатки конституционной науки, невнимание к феномену идентичности» (Jacobsohn 2010, XII–XIII). Идентичность в конституционных границах затраги-

вает существенный вопрос о разумной лояльности существующему государству и правопорядку. Иначе говоря, идентичность провоцирует граждан государства, народ как социальную основу конституционного правопорядка на тест патриотизма. Поэтому конституционная идентичность порождает потребность определения границ и содержания конституционного патриотизма. По мнению исследователей (Жан-Вернер Мюллер), теория конституционного патриотизма является «нормативно зависимой концепцией», однако она в значительной степени зависит от моральных основ справедливости, которая и делает «видение конституционного патриотизма нормативным по существу» (Müller 2007, 47). Выражение «конституционный патриотизм», связанное с Юргеном Хабермасом, претерпело ряд изменений с момента его появления в 1970-х годах, что привело к значительным профессиональным и общественным дискуссиям (Cieger 2016, 123). В Российской Федерации в практике конституционного правосудия конституционная идентичность используется для оправдания конституционного патриотизма, для обоснования сохранения незыблемости конституционных норм, для оценки возможности исполнять решения межгосударственного органа в области защиты прав и свобод человека и гражданина. Между тем конституционная идентичность органов государственной власти, самого государства и его территориальных образований отлична от идентичности политической нации, народа, социальных общностей, которые не всегда имеют отраженные в конституции страны статус, права и обязанности.

Конституционный патриотизм — влиятельная попытка примирить противоречивые императивы политической легитимности и культурной инклюзивности (Laborde 2002, 591). Тем не менее он недооценивает роль конкретных политических культур в обосновании универсалистских принципов демократии и справедливости. Гражданский патриотизм, напротив, подчеркивает мотивационные предпосылки демократического управления, необходимость сохранения существующих «кооперативных предприятий», таких как национальные государства, и требует, чтобы существующие политические культуры подвергались демократической проверке и изменению в инклюзивном направлении.

Некоторые исследователи обеспокоены тем, что *многонациональный конституционный порядок* может быть только нестабильным по своей природе *modus vivendi*. Они опасаются, что принятие субгосударственного национализма будет подрывать жизнеспособность конституционных демократий. По мнению ученых, использующих теорию Рональда Дворкина о «праве как целостности», проблемы могут быть смягчены. Выразительная ценность «права как целостности» состоит в том, что данная доктрина может вести разделенное общество в направлении возможного принципиального сообщества даже в отсутствие общей политической идентичности (Schwartz 2011, 503–504). Говоря о Российской Федерации, можно отметить, что не следует менять конституционный национализм на конституционный патриотизм как единственную панацею в формировании общей конституционной идентичности. Модель политического и конституционного сообщества, основанная на «праве как целостности», является более правдоподобным рецептом для разделенных обществ, ведь конституционная идентичность и противостоит процессу конвергенции (обособляет специфические черты), и одновременно участвует в процессе конституционной конвергенции общих для конституционализма и специфических для российского конституционализма элементов, соединяя мо-

ральные, правовые, исторические и культурные ценности и традиции.

В научной и судебной конституционной юриспруденции существует понимание того, что предстоит большая работа над понятием и доктриной конституционной идентичности (Зорькин 2017). В частности, необходимо формировать и обсуждать конституционную идентичность не только Российского государства, но и территориальных и национально-государственных образований (субъектов РФ), конституционную идентичность многонационального народа РФ, отдельных этносов, наций и народностей (в том числе национальных меньшинств, коренных малочисленных народов), а также конституционную идентичность граждан, отдельных органов государства и органов местного самоуправления. Следует создавать юридические процедуры участия различных субъектов права в формировании конституционной идентичности, в том числе через процедуры юридического голосования, выявления общественного мнения, конституционный мониторинг и формы общественных инициатив.

Конституционная идентичность стоит в одном, но различаемом понятийном ряду с такими концептами, как «политическая идентичность», «национальная идентичность», «гражданственность» (или «гражданская идентичность»), однако отличается от них очень важными элементами — *нормативными структурами и телеологическими обещаниями*, которые содействуют верности и одновременно изменчивости конституций. Конституционная идентичность выражает и нормативность, и целеполагание в конституционной политике. Не следует ставить политику выше конституции, ссылаясь на «призраки» государственно-правовой традиции, не согласующиеся с нормативными и телеологическими элементами конституционной идентичности. Без требований нормативности в политической организации общества для политики как государственной организации *конституция становится irrelevantной, неспособной обеспечить конституционные обещания*, а политическое развитие приобретает черты «а-конституционной» направленности: ведь общественная наука, свободная от ценностей, осмысляет политическое развитие с явной угрозой лишить его каких-либо обещаний (Thomas 2011, 275–278).

Публично-властные субъекты конституционного права — основные творцы конституционной идентичности в Российской Федерации. Доминантой среди них выступает Президент РФ, как показывает процесс выражения инициативы, разработки и принятия проекта Закона РФ о поправке к Конституции РФ 2020 г. Участие дееспособных и полноправных граждан РФ в общероссийском голосовании по проекту поправок к Конституции РФ — первая в новейшей конституционной истории России форма народного конституционного волеизъявления на федеральном уровне после принятия Конституции РФ 1993 г.

3. Выводы

Границы и идентифицирующие признаки конституционной идентичности *не заданы раз и навсегда*, для них характерны *постоянные и переменные* величины. Такие величины эволюционируют как в историческом, так и в международно-правовом и интеграционном контексте, и важно, чтобы конституция страны имела юридическую и институциональную возможность интегрировать их или отзываться на такую возможность. Как пишет Хорст Диппель, «в зависимости от страны конститу-

ционная идентичность может нуждаться в более широком спектре тем для ее определения» (Dippel 2012, 386). Такая страна, как Россия, особенно нуждается в идентификации постоянных и переменных величин конституционной идентичности.

Соотношение конституционной и национальной идентичности идентифицируется как через совпадающие, так и через пересекающиеся и отличные друг от друга сегменты. Одни авторы пишут, что «современная конституционная идентичность отличается от национальной идентичности» и «они берут свое начало в конце XVIII в.» (Rosenfeld 2012, 756–758). Если следовать взглядам Б. Андерсона, то обе идентичности созданы и спроектированы как «воображаемые сообщества» (Anderson 1991). Большинство элементов конституционной идентичности имеет рукотворный характер; в процессе создания таких элементов участвуют многие субъекты права. Для России важно расширение социального поля формирования и развития конституционной идентичности, участие в этом процессе граждан страны и движущих сил конституционного сообщества.

Ключевую роль в определении границ конституционной идентичности в России играют Президент РФ, Конституционный суд РФ, Правительство РФ (и особенно Министерство юстиции России), Федеральное собрание РФ. В практику судебного конституционализма категория конституционной идентичности была введена Конституционным судом РФ, что открыло саму дискуссию о природе и границах данного явления. Опыт России вполне согласуется с высказыванием профессора Вики Джексон: «Наличие национальной конституции, осуществляемой судом, стало частью “почерка” современности» (Jackson 2013, 2).

Идентичность не может быть выстроена только в категориях исключительности в связи с тем, что и общие, и специфические черты формируются в пространстве диалога права, истории, культуры. Поэтому в конституционной идентичности присутствуют как общие, характерные для данного типа идентичности, так и оригинальные или самобытные элементы. Апелляция к конституционной исключительности лишает идентичность ее легитимирующей основы диалогового характера. В современной России конституционная идентичность формируется в контексте взаимодействия с европейским правовым пространством; такое взаимодействие обеспечивает диалог правовых культур. Поэтому следует различать *общие элементы* конституционной идентичности в российском правовом пространстве и самобытные, оригинальные элементы, которые аккумулируются в конституционной идентичности в качестве «отечественного лица» российского конституционализма. Самобытные черты конституционной индивидуальности формируют портрет или конституционное лицо с «необщим выражением».

Следует признать правоту тех авторов, которые воспринимают конституционную идентичность «не как признак, изначально принадлежащий данной социальной системе, а как признак, который формируется и трансформируется в результате социальных взаимодействий» (Manasyan 2018, 84). Дискуссионным остается вопрос о вновь возникающих особенностях в процессе развития конституционной системы: такие особенности (в том числе заимствованные из других систем) интегрируются в систему как заимствованные черты или становятся «особенностями, определяющими оригинальность и индивидуальность данной системы» (Manasyan 2018, 84)? Видимо, возможны различные случаи *приспособления и интеграции* вновь приобретенных черт: в конституционной системе они могут выполнять роль

самобытно работающих элементов или функцию правовых мостов с различными правовыми культурами.

Положительным моментом в развитии нормативных и доктринальных основ конституционализма человеческого достоинства стало значительное расширение использования термина «достоинство» в обновляемом тексте Конституции РФ. В Законе РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 № 1-ФКЗ (в части установленных изменений в Конституцию РФ, ст. 1) этот термин употребляется два раза: 1) в новом п. «ж.1» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ («создание условий для достойного воспитания детей в семье»); 2) в новой ст. 75.1 («В Российской Федерации <...> гарантируется защита достоинства граждан и уважение человека труда»). Предложенные поправки к Конституции РФ были одобрены на общероссийском голосовании 01.07.2020, они расширили конституционное поле человеческого достоинства в нормативном плане. Следовательно, действующий текст Основного закона был пополнен новыми нормативными требованиями в отношении достоинства. Таким образом, четыре случая (ч. 1 и 2 ст. 21 действующей Конституции РФ; п. «ж.1» ч. 1 ст. 72, ст. 75.1 после внесенных поправок 2020 г.) использования в конституционном тексте термина «достоинство» расширяют и перечень конституционных форм конституционализма человеческого достоинства, которые требуют доктринальных и судебно-практических конституционных интерпретаций и законодательных новаций.

Библиография

- Аничкин, Евгений С., Татьяна И. Ряховская. 2019. «Конституционная идентичность»: к вопросу о конкретизации термина». *Вестник Томского государственного университета* 446: 196–201. <https://doi.org/10.17223/15617793/446/25>.
- Баратынский, Евгений А. 1989. *Полное собрание стихотворений*. Л.: Советский писатель. Дата обращения 21 августа, 2020. https://imwerden.de/pdf/baratynsky_polnoe_sobranie_stikhotvoreny_1989_ocr.pdf.
- Блохин, Павел. 2018. «Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы». *Сравнительное конституционное обозрение* 6: 62–81.
- Бондарь, Николай С. 2017. «Конституционная категория достоинства личности в ценностном измерении: теория и судебная практика». *Конституционное и муниципальное право* 4: 19–31.
- Витрук, Николай В. 2016. *Верность Конституции*. 2-е изд. М.: РГУП.
- Гаджиев, Гадис А. 2017. «О судебной доктрине конституционной идентичности». *Судья* 12: 31–35.
- Грачева, Светлана А. 2018. «Развитие концепта конституционной идентичности в связи с поиском подходов к разрешению конвенционно-конституционных коллизий и конфликтов». *Журнал российского права* 9: 52–64.
- Джагарян, Армен. 2018. «Российский конституционализм: в поисках идентичности». *Сравнительное конституционное обозрение* 6: 82–100.
- Зорькин, Валерий Д. 2017. «Конституционная идентичность России: Доктрина и практика». *Журнал конституционного правосудия* 4: 1–12.
- Зорькин, Валерий Д. 2018. «Буква и дух Конституции». *Российская газета*. 9 окт. Дата обращения 21 августа, 2020. <https://rg.ru/2018/10/09/zorkin-nedostatki-v-konstitucii-mozhno-ustranit-tochechnymi-izmeneniami.html>.
- Каламкарян, Рубен А. 2004. *Господство права (Rule of Law) в международных отношениях*. М.: Наука.
- Кравец, Игорь А. 2018. «Верность конституции и проблема согласования идей конституционализма и исполнения международных обязательств в сфере прав человека». *Российский журнал правовых исследований* 5 (1): 167–180. <https://doi.org/10.17816/RJLS18364>.

- Кравец, Игорь А. 2019а. «Глобальный и отечественный конституционализм в условиях формирования интеграционного права: конституционная телеология, футуризм и структура современных конституций». *Право и политика* 10: 1–23. <https://doi.org/10.7256/2454-0706.2019.10.27293>.
- Кравец, Игорь А. 2019б. «Конституция РФ, права человека и достоинство личности: диалог конституционной теории, практики конституционного правосудия и международных норм». *Юридическая наука и практика* 15 (2): 93–104. <https://doi.org/10.25205/2542-0410-2019-15-2-93-104>.
- Кравец, Игорь А. 2019с. «Телеологический конституционализм, конституционная идентичность и публичный правопорядок (научное знание, российский, сравнительный и международный контексты)». *Вестник Томского государственного университета* 439: 202–215.
- Кравец, Игорь А. 2020. «*Notio Dignus* в философском и правовом дискурсе: человеческое достоинство и философия конституционализма». *Вопросы философии* 2: 26–37. <https://doi.org/10.21146/0042-8744-2020-2-26-37>.
- Маклаков, Вячеслав В. (сост.) 2012. *Конституции зарубежных государств*. 8-е изд., испр. и доп. М.: Инфотропик Медиа.
- Хук, Марк ван. 2012. *Право как коммуникация*. Пер. с англ. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, ООО «Университетский издательский консорциум».
- Ackerman, Bruce. 2014. “De-Schooling Constitutional Law”. *The Yale Law Journal* 123 (8): 3104–3144.
- Anderson, Benedict. 1991. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London; New York: VERSO.
- Baer, Susanne. 2018. “The Rule of — and not by any — Law. On Constitutionalism”. *Current Legal Problems* 71 (1): 335–368. <https://doi.org/10.1093/clp/cuy010>.
- Barak, Aharon. 2015. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bingham, Lord. 2007. “The Rule of Law”. *The Cambridge Law Journal* 66 (1): 67–85.
- Bingham, Lord. 2011. *The Rule of Law*. London: Penguin Books.
- Brooks, Rosa E. 2003. “The New Imperialism: Violence, Norms, and the ‘Rule of Law’”. *Michigan Law Review* 101 (7): 2275–2340.
- Bui, Son N. 2017. “Globalization of Constitutional Identity”. *Washington International Law Journal* 26 (3): 463–533.
- Chalmers, Shane. 2019. “The Mythology of International Rule-of-Law Promotion”. *Law & Social Inquiry* First View: 1–30. <https://doi.org/10.1017/lsi.2018.32>.
- Cieger, András. 2016. “National Identity and Constitutional Patriotism in the Context of Modern Hungarian History: An Overview”. *The Hungarian Historical Review* 5 (1): 123–150.
- Coenen, Michael. 2013. “Constitutional Privileging”. *Virginia Law Review* 99 (4): 683–752.
- Conklin, William E. 2018. “Legal Time”. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 31 (2): 281–322. <https://doi.org/10.1017/cjlj.2018.14>.
- Corwin, Edward S. 1936. “The Constitution as Instrument and as Symbol”. *The American Political Science Review* 30 (6): 1071–1085.
- Daly, Erin. 2012. *Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Dicey, Albert V. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th ed. Indianapolis: Liberty Fund.
- Dippel, Horst. 2012. “Constitutions and Identities (reviewed works: The Constitutional Origins of the American Revolution by Jack P. Greene; Constitutional Identity by Gary Jeffrey Jacobsohn)”. *Reviews in American History* 40 (3): 381–386.
- Dixon, Owen. 1936. *The Law and the Constitution*. Melbourne: Melbourne University Press.
- Dixon, Owen. 1942. “Two Constitutions Compared”. *American Bar Association Journal* 28 (11): 733–735.
- Dixon, Sir Owen. 1935. “The Law and the Constitution”. *Law Quarterly Review* 51: 590–604.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law’s Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Erikson, Erik H. 1963. *Childhood and Society*. New York: W. W. Norton & Co.
- Fitzpatrick, Peter. 1992. *The Mythology of Modern Law*. London; New York: Routledge.

- Gadzhiev, Gadis A. 2014. "The Russian Judicial Doctrine of the Rule of Law: Twenty Years After". *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, eds James R. Silkenat et al., 209–228. Switzerland: Springer International Publishing.
- Giddens, Anthony. 1984. *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*. Cambridge: Polity Press.
- Gilbert, Paul. 2010. *Cultural Identity and Political Ethics*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Ginsburg, Tom. 2011. "In Defense of Imperialism? The Rule of Law and the State-Building Project". *Getting to the Rule of Law*, ed. by James Fleming, 224–240. New York; London: New York University Press.
- Ginsburg, Tom, Nicholas Stephanopoulos. 2017. "The Concepts of Law". *The University of Chicago Law Review* 84 (1): 147–175.
- Ginsburg, Tom, Aziz Z. Huq. 2018. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: University of Chicago Press.
- Gleason, Philip. 1983. "Identifying Identity: A Semantic History". *Journal of American History* 69 (4): 910–931. <https://doi.org/10.2307/1901196>.
- Habermas, Jürgen. 1996. "Citizenship and National Identity". *Between Facts and Norms*, ed. by Jürgen Habermas, 491–515. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Habermas, Jürgen. 2014. "Plea for a constitutionalization of international law". *Philosophy and Social Criticism* 40 (1): 5–12.
- Hostettler, John. 2011. *Champions of the Rule of Law*. Sheffield on Loddon: Waterside Press.
- Huddy, Leonie. 2001. "From Social to Political Identity: A Critical Examination of Social Identity Theory". *Political Psychology* 22 (1): 127–156.
- Humphreys, Stephen. 2012. "Laboratories of Statehood: Legal Intervention in Colonial Africa and Today". *The Modern Law Review* 75 (4): 475–510.
- Hurd, Ian. 2015. "The international rule of law and the domestic analogy". *Global Constitutionalism* 4 (3): 365–395. <https://doi.org/10.1017/S2045381715000131>.
- Jackson, Vicki C. 2013. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press.
- Jacobsohn, Gary J. 2006. "Constitutional Identity". *The Review of Politics* 68 (3): 361–397.
- Jacobsohn, Gary J. 2010. *Constitutional Identity*. Cambridge, Massachusetts; London: Harvard University Press.
- Jacobsohn, Gary J. 2011. "The formation of constitutional identities". In *Comparative Constitutional Law*, eds Tom Ginsburg, Rosalind Dixon, 129–142. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar.
- Jenkins, Richard. 2008. *Social Identity*. 3rd ed. London; New York: Routledge.
- Kommers, Donald P. 2012. "Constitutions and National Identity (reviewed work: Constitutional Identity by Gary Jeffrey Jacobsohn)". *The Review of Politics* 74 (1): 127–133.
- Krygier, Martin. 2012. "Rule of Law". *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, 233–249. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780199578610.013.0012>.
- Kucherenko, Petr, Elena Klochko. 2019. "The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument in Constitutional Judicial Practice". *Russian Law Journal* 7 (4): 99–124. <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2019-7-4-99-124>.
- Laborde, Cécile. 2002. "From Constitutional to Civic Patriotism". *British Journal of Political Science* 32 (4): 591–612. <https://doi.org/10.1017/S0007123402000248>.
- Law, David S., Mila Versteeg. 2011. "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism". *California Law Review* 99 (5): 1163–1257.
- Maddox, Graham. 1982. "A Note on the Meaning of 'Constitution'". *The American Political Science Review* 76 (4): 805–809.
- Manasyan, Anahit. 2018. "The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional Thought". *Право. Журнал Высшей школы экономики* 3: 81–98.
- Manzer, Robert A. 1996. "Hume's Constitutionalism and the Identity of Constitutional Democracy". *The American Political Science Review* 90 (3): 488–496.
- Moyn, Samuel. 2014. "The Secret History of Constitutional Dignity". *Yale Human Rights and Development Law Journal* 17 (1): 39–73.
- Müller, Jan-Warner. 2007. *Constitutional patriotism*. Princeton; Oxford: Princeton University Press.

- Ochoa, Juan Carlos S. 2015. "Towards a holistic approach, in international practice, to the design and implementation of initiatives to promote the rule of law at the national level". *International Journal of Law in Context* 11 (1): 78–91. <https://doi.org/10.1017/S1744552314000378>.
- O’Riordan, Tim, ed. 2001. *Globalism, Localism and Identity Fresh Perspectives on the Transition to Sustainability*. London; Sterling, VA: Earthscan Publications.
- Owada, Hisashi. 2009. The Rule of Law in a Globalizing World — an Asian Perspective. *Washington University Global Studies Law Review* 8 (2): 187–205.
- Poole, Ross. 2005. *Nation and Identity*. London; New York: Routledge.
- Příbáň, Jiří. 2007. *Legal Symbolism: on law, time and European identity*. Aldershot: Ashgate.
- Rosenfeld, Michel. 2010. *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*. London; New York: Routledge.
- Rosenfeld, Michel. 2012. "Constitutional Identity". *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds Michel Rosenfeld, András Sajó, 756–775. Oxford: Oxford University Press.
- Sampford, Charles. 2005. "Reconceiving the rule of law for a globalizing world". *Globalisation and the Rule of Law*, ed. by Spencer Zifcak, 9–31. London: Routledge.
- Sartori, Giovanni. 1962. "Constitutionalism: A Preliminary Discussion". *The American Political Science Review* 56 (4): 853–864.
- Schachter, Oscar. 1983. "Human Dignity as a Normative Concept". *American Journal of International Law* 77 (4): 848–854.
- Schechtman, Marya. 1990. "Personhood and Personal Identity". *The Journal of Philosophy* 87 (2): 71–92.
- Scheppele, Kim Lane. 2004. "Constitutional Ethnography: An Introduction". *Law & Society Review* 38 (3): 389–406.
- Schmidhauser, John R. 1989. "Power, Legal Imperialism, and Dependency". *Law & Society Review* 23 (5): 857–878.
- Schwartz, Alex. 2011. "Patriotism or Integrity? Constitutional Community in Divided Societies". *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (3): 503–526. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqr010>.
- Scruton, Roger. 2004. *England and the Need for Nations*. London: Civitas.
- Smith, Anthony D. 1991. *National Identity*. London: Penguin Books.
- Stoppard, Tom. 1993. *Arcadia*. Дата обращения. 21 августа, 2020. <https://theliterat.files.wordpress.com/2016/01/arcadia.pdf>.
- Sullivan, Clare. 2011. *Digital Identity: An Emergent Legal Concept. The role and legal nature of digital identity in commercial transactions*. Australia: University of Adelaide Press.
- Szmodis, Jenő. 2012. "On multidisciplinary legal research". *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 98 (4): 483–493.
- Tamanaha, Brian Z. 2004. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tamanaha, Brian Z. 2011. "The Rule of Law and Legal Pluralism in Development". *Hague Journal on the Rule of Law* 3: 1–17. <https://doi.org/10.1017/S1876404511100019>.
- Thompson, Edward P. 1975. *Whigs and Hunters: The Origins of the Black Act*. New York: Pantheon Books.
- Thomas, George. 2011. "What Is Political Development? A Constitutional Perspective". *The Review of Politics* 73 (2): 275–294. <https://doi.org/10.1017/S0034670511000076>.
- Tribe, Laurence H. 1983. "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role". *Harvard Law Review* 97 (2): 433–445.
- Tushnet, Mark. 1999. "The Possibilities of Comparative Constitutional Law". *The Yale Law Journal* 108 (6): 1225–1309.
- Versteeg, Mila, Emily Zackin. 2016. "Constitutions Unentrenched: Toward an Alternative Theory of Constitutional Design". *American Political Science Review* 110 (4): 657–674. <https://doi.org/10.1017/S0003055416000447>.
- Zifcak, Spencer. 2005. *Globalisation and the Rule of Law*. London: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203237540>.

Статья поступила в редакцию 15 ноября 2019 г.;
рекомендована в печать 2 сентября 2020 г.

Контактная информация:

Кравец Игорь Александрович — д-р юрид. наук; kravigor@gmail.com

The rule of law as a universal value and the diversity of constitutional identity*

I. A. Kravets

Novosibirsk State University,
1, Pirogova ul., Novosibirsk, 630090, Russian Federation

For citation: Kravets, Igor A. 2020. “The rule of law as a universal value and the diversity of constitutional identity”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 4: 813–851. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.402> (In Russian)

The article examines scientific approaches to understanding constitutional identity as a modern legal phenomenon and looks at the relationship between identity and constitutional law and constitutionalism. The concepts of “identity of the Constitution” and “constitutional identity” are distinguished and constitutional models of human dignity as elements of constitutional identity are analyzed, which demonstrate a variety of approaches to constitutional regulation and constitutional policy in the field of human rights. The article expounds on the rule of law as a universal value as well as a constitutional and legal concept. The origin of the doctrine of “rule of law” is examined in addition to the theoretical foundations and historical roots of the doctrine as well as the relationship between constitutionalism and the rule of law in modern jurisprudence. The author also considers the following: domestic and international aspects of the rule of law doctrine; its influence on the forms and practice of modern constitutionalism and constitutional identity; the prospects for constitutionalization of the elements of the rule of law and constitutional identity in the context of the formation of constitutionalism of human dignity; the relationship and interdependence of the rule of law and constitutional identity, on the one hand, human dignity and the rule of law, on the other hand; influential factors on the rule of law; constitutional identity and constitutional justice; the extent to which the rule of law can be a universal value in the practice of constitutional justice; the ontological and epistemological elements of cognitive constitutionalism and the rule of law. The difficulties of implementing the ideas and concepts of the rule of law through the practice of constitutional justice are also analyzed. The author concludes that there is a problem of the multiplicity of forms and subjects of constitutional identity. Identity, as well as the rule of law, cannot be built only in categories of exclusivity: both general and specific features are formed in the space of the dialogue of law, history, and culture.

Keywords: rule of law, universal value, matrix of values, goals and principles, cognitive constitutionalism, constitutional identity, identity of constitution, constitutional justice, constitutional communication, legal communication.

References

- Ackerman, Bruce. 2014. “De-Schooling Constitutional Law”. *The Yale Law Journal* 123 (8): 3104–3144.
- Anichkin, Evgenii S., Tat’iana I. Riakhovskaia. 2019. “Constitutional Identity’: On the Specification of the Term”. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta* 446: 196–201. <https://doi.org/10.17223/15617793/446/25>. (In Russian)
- Anderson, Benedict. 1991. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London, New York, VERSO Publ.
- Baer, Susanne. 2018. “The Rule of — and not by any — Law. On Constitutionalism”. *Current Legal Problems* 71 (1): 335–368. <https://doi.org/10.1093/clp/cuy010>.

* The reported study was funded by RFBR according to the research project no. 18-011-00761 A.

- Barak, Aharon. 2015. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Baratynskii, Eugene A. 1989. *Complete collection of poems*. Leningrad, Sovetskii pisatel' Publ. Accessed 21 August, 2020. https://imwerden.de/pdf/baratynsky_polnoe_sobranie_stikhotvoreny_1989__ocr.pdf.
- Bingham, Lord. 2007. "The Rule of Law". *The Cambridge Law Journal* 66 (1): 67–85.
- Bingham, Lord. 2011. *The Rule of Law*. London, Penguin Books.
- Blokhin, Pavel. 2018. "Judicial Doctrine of Constitutional Identity: Genesis, Problems, Prospects". *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* 6: 62–81. (In Russian)
- Bondar', Nikolai S. 2017. "The constitutional category of human dignity in the value dimension: theory and judicial practice". *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* 4: 19–31. (In Russian)
- Brooks, Rosa E. 2003. "The New Imperialism: Violence, Norms, and the 'Rule of Law'". *Michigan Law Review* 101 (7): 2275–2340.
- Bui, Son N. 2017. "Globalization of Constitutional Identity". *Washington International Law Journal* 26 (3): 463–533.
- Chalmers, Shane. 2019. "The Mythology of International Rule-of-Law Promotion". *Law & Social Inquiry* First View: 1–30. <https://doi.org/10.1017/lsi.2018.32>.
- Cieger, András. 2016. "National Identity and Constitutional Patriotism in the Context of Modern Hungarian History: An Overview". *The Hungarian Historical Review* 5 (1): 123–150.
- Coenen, Michael. 2013. "Constitutional Privileging". *Virginia Law Review* 99 (4): 683–752.
- Conklin, William E. 2018. "Legal Time". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 31 (2): 281–322. <https://doi.org/10.1017/cjlj.2018.14>.
- Corwin, Edward S. 1936. "The Constitution as Instrument and as Symbol". *The American Political Science Review* 30 (6): 1071–1085.
- Daly, Erin. 2012. *Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- Dicey, Albert V. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th ed. Indianapolis, Liberty Fund.
- Dippel, Horst. 2012. "Constitutions and Identities (reviewed works: The Constitutional Origins of the American Revolution by Jack P. Greene; Constitutional Identity by Gary Jeffrey Jacobsohn)". *Reviews in American History* 40 (3): 381–386.
- Dixon, Owen. 1936. *The Law and the Constitution*. Melbourne, Melbourne University Press.
- Dixon, Owen. 1942. "Two Constitutions Compared". *American Bar Association Journal* 28 (11): 733–735.
- Dixon, Sir Owen. 1935. "The Law and the Constitution". *Law Quarterly Review* 51: 590–604.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Dzhagaryan, Armen. 2018. "Russian constitutionalism: in search of identity". *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* 27 (6): 82–100. (In Russian)
- Erikson, Erik H. 1963. *Childhood and Society*. New York, W. W. Norton & Co.
- Fitzpatrick, Peter. 1992. *The Mythology of Modern Law*. London, New York, Routledge.
- Gadzhiev, Gadis A. 2014. "The Russian Judicial Doctrine of the Rule of Law: Twenty Years After". *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, eds James R. Silkenat et al., 209–228. Switzerland, Springer International Publ.
- Gadzhiev, Gadis A. 2017. "On the judicial doctrine of constitutional identity". *Sud'ia* 12: 31–35. (In Russian)
- Giddens, Anthony. 1984. *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*. Cambridge, Polity Press.
- Gilbert, Paul. 2010. *Cultural Identity and Political Ethics*. Edinburgh, Edinburgh University Press.
- Ginsburg, Tom. 2011. "In Defense of Imperialism? The Rule of Law and the State-Building Project". *Getting to the Rule of Law*, ed. by James Fleming, 224–240. New York, London, New York University Press.
- Ginsburg, Tom, Nicholas Stephanopoulos. 2017. "The Concepts of Law". *The University of Chicago Law Review* 84 (1): 147–175.
- Ginsburg, Tom, Aziz Z. Huq. 2018. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago, London, University of Chicago Press.
- Gleason, Philip. 1983. "Identifying Identity: A Semantic History". *Journal of American History* 69 (4): 910–931. <https://doi.org/10.2307/1901196>.

- Gracheva, Svetlana A. 2018. "Development of the concept of constitutional identity in connection with the search for approaches to the resolution of conventional constitutional collisions and conflicts". *Zhurnal rossiiskogo prava* 9: 52–64. (In Russian)
- Habermas, Jürgen. 1996. "Citizenship and National Identity". *Between Facts and Norms*, ed. by Jürgen Habermas, 491–515. Cambridge, Massachusetts, MIT Press.
- Habermas, Jürgen. 2014. "Plea for a constitutionalization of international law". *Philosophy and Social Criticism* 40 (1): 5–12.
- Hoecke, Mark Van. 2012. *Law as communication*. Rus. ed. St. Petersburg: Sankt-Peterburgskii gosudarstvennyi universitet Publ., OOO "Universitetskii izdatel'skii konsortium" Publ. (In Russian)
- Hostettler, John. 2011. *Champions of the Rule of Law*. Sherfield on Loddon, Waterside Press.
- Huddy, Leonie. 2001. "From Social to Political Identity: A Critical Examination of Social Identity Theory". *Political Psychology* 22 (1): 127–156.
- Humphreys, Stephen. 2012. "Laboratories of Statehood: Legal Intervention in Colonial Africa and Today". *The Modern Law Review* 75 (4): 475–510.
- Hurd, Ian. 2015. "The international rule of law and the domestic analogy". *Global Constitutionalism* 4 (3): 365–395. <https://doi.org/10.1017/S2045381715000131>.
- Jackson, Vicki C. 2013. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York, Oxford University Press.
- Jacobsohn, Gary J. 2006. "Constitutional Identity". *The Review of Politics* 68 (3): 361–397.
- Jacobsohn, Gary J. 2010. *Constitutional Identity*. Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press.
- Jacobsohn, Gary J. 2011. "The formation of constitutional identities". *Comparative Constitutional Law*, eds Tom Ginsburg, Rosalind Dixon, 129–142. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar.
- Jenkins, Richard. 2008. *Social Identity*. 3rd ed. London, New York, Routledge.
- Kalamkarian, Ruben A. 2004. *The rule of law in international relations*. Moscow, Nauka Publ. (In Russian)
- Kommers, Donald P. 2012. "Constitutions and National Identity (reviewed work: Constitutional Identity by Gary Jeffrey Jacobsohn)". *The Review of Politics* 74 (1): 127–133.
- Kravets, Igor' A. 2018. "Loyalty to a Constitution and the Problem of Harmonizing the Ideas of Constitutionalism and the Fulfillment of International Obligations in the Field of Human Rights". *Rossiiskii zhurnal pravovykh issledovanii* 5 (1): 167–180. <https://doi.org/10.17816/RJLS18364>. (In Russian)
- Kravets, Igor' A. 2019a. "Global and domestic constitutionalism in the context of the formation of integration law: constitutional teleology, futurism and the structure of modern constitutions". *Pravo i politika* 10: 1–23. <https://doi.org/10.7256/2454-0706.2019.10.27293>. (In Russian)
- Kravets, Igor' A. 2019b. "The Constitution of the Russian Federation, Human Rights and Human Dignity: Dialogue of Constitutional Theory, Practice of Constitutional Justice and International Norms". *Iuridicheskaiia nauka i praktika* 15 (2): 93–104. <https://doi.org/10.25205/2542-0410-2019-15-2-93-104>. (In Russian)
- Kravets, Igor' A. 2019c. "Teleological Constitutionalism, Constitutional Identity and Public Order (Scientific Knowledge, Russian, Comparative and International Context)". *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta* 439: 202–215. <https://doi.org/10.17223/15617793/439/28>. (In Russian)
- Kravets, Igor' A. 2020. "'Homo Dignus' in Philosophical and Legal Discourse: Human Dignity and the Philosophy of Constitutionalism". *Voprosy filosofii* 2: 26–37. <https://doi.org/10.21146/0042-8744-2020-2-26-37>. (In Russian)
- Krygier, Martin. 2012. "Rule of Law". In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, 233–249. Oxford, Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0012>.
- Kucherenko, Petr, Elena Klochko. 2019. "The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument in Constitutional Judicial Practice". *Russian Law Journal* 7 (4): 99–124. <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2019-7-4-99-124>.
- Laborde, Cécile. 2002. "From Constitutional to Civic Patriotism". *British Journal of Political Science* 32 (4): 591–612. <https://doi.org/10.1017/S0007123402000248>.
- Law, David S., Mila Versteeg. 2011. "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism". *California Law Review* 99 (5): 1163–1257.

- Maddox, Graham. 1982. "A Note on the Meaning of 'Constitution'". *The American Political Science Review* 76 (4): 805–809.
- Maklakov, Viacheslav V. (comp.) 2012. *Constitutions of foreign countries*. 8th ed. Moscow, Infotropik Media Publ. (In Russian)
- Manasyan, Anahit. 2018. "The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional Thought". *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki* 3: 81–98.
- Manzer, Robert A. 1996. "Hume's Constitutionalism and the Identity of Constitutional Democracy". *The American Political Science Review* 90 (3): 488–496.
- Moyn, Samuel. 2014. "The Secret History of Constitutional Dignity". *Yale Human Rights and Development Law Journal* 17 (1): 39–73.
- Müller, Jan-Warner. 2007. *Constitutional patriotism*. Princeton, Oxford, Princeton University Press.
- Ochoa, Juan Carlos S. 2015. "Towards a holistic approach, in international practice, to the design and implementation of initiatives to promote the rule of law at the national level". *International Journal of Law in Context* 11 (1): 78–91. <https://doi.org/10.1017/S1744552314000378>.
- O'Riordan, Tim, ed. 2001. *Globalism, Localism and Identity Fresh Perspectives on the Transition to Sustainability*. London, Sterling, VA, Earthscan Publ.
- Owada, Hisashi. 2009. The Rule of Law in a Globalizing World — an Asian Perspective. *Washington University Global Studies Law Review* 8 (2): 187–205.
- Poole, Ross. 2005. *Nation and Identity*. London, New York, Routledge.
- Příbáň, Jiří. 2007. *Legal Symbolism: on law, time and European identity*. Aldershot, Ashgate.
- Rosenfeld, Michel. 2010. *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*. London, New York, Routledge.
- Rosenfeld, Michel. 2012. "Constitutional Identity". *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds Michel Rosenfeld, András Sajó, 756–775. Oxford, Oxford University Press.
- Sampford, Charles. 2005. "Reconceiving the rule of law for a globalizing world". *Globalisation and the Rule of Law*, ed. by Spencer Zifcak, 9–31. London, Routledge.
- Sartori, Giovanni. 1962. "Constitutionalism: A Preliminary Discussion". *The American Political Science Review* 56 (4): 853–864.
- Schachter, Oscar. 1983. "Human Dignity as a Normative Concept". *American Journal of International Law* 77 (4): 848–854.
- Schechtman, Marya. 1990. "Personhood and Personal Identity". *The Journal of Philosophy* 87 (2): 71–92.
- Scheppele, Kim Lane. 2004. "Constitutional Ethnography: An Introduction". *Law & Society Review* 38 (3): 389–406.
- Schmidhauser, John R. 1989. "Power, Legal Imperialism, and Dependency". *Law & Society Review* 23 (5): 857–878.
- Schwartz, Alex. 2011. "Patriotism or Integrity? Constitutional Community in Divided Societies". *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (3): 503–526. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqr010>.
- Scruton, Roger. 2004. *England and the Need for Nations*. London, Civitas.
- Smith, Anthony D. 1991. *National Identity*. London, Penguin Books.
- Stoppard, Tom. 1993. *Arcadia*. Accessed August 21, 2020. <https://theliterat.files.wordpress.com/2016/01/arcadia.pdf>.
- Sullivan, Clare. 2011. *Digital Identity: An Emergent Legal Concept. The role and legal nature of digital identity in commercial transactions*. Australia, University of Adelaide Press.
- Szmodis, Jenő. 2012. "On multidisciplinary legal research". *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 98 (4): 483–493.
- Tamanaha, Brian Z. 2004. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Tamanaha, Brian Z. 2011. "The Rule of Law and Legal Pluralism in Development". *Hague Journal on the Rule of Law* 3: 1–17. <https://doi.org/10.1017/S1876404511100019>.
- Thompson, Edward P. 1975. *Whigs and Hunters: The Origins of the Black Act*. New York, Pantheon Books.
- Thomas, George. 2011. "What Is Political Development? A Constitutional Perspective". *The Review of Politics* 73 (2): 275–294. <https://doi.org/10.1017/S0034670511000076>.
- Tribe, Laurence H. 1983. "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role". *Harvard Law Review* 97 (2): 433–445.

- Tushnet, Mark. 1999. "The Possibilities of Comparative Constitutional Law". *The Yale Law Journal* 108 (6): 1225–1309.
- Versteeg, Mila, Emily Zackin. 2016. "Constitutions Unentrenched: Toward an Alternative Theory of Constitutional Design". *American Political Science Review* 110 (4): 657–674. <https://doi.org/10.1017/S0003055416000447>.
- Vitruk, Nikolai V. 2016. *Faithfulness to the Constitution*. 2nd ed. Moscow, RGUP Publ. (In Russian)
- Zifcak, Spencer. 2005. *Globalisation and the Rule of Law*. London, Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203237540>.
- Zor'kin, Valerii D. 2017. "Russia's constitutional identity: doctrine and practice". *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiia* 4: 1–12. (In Russian)
- Zor'kin, Valerii D. 2018. "The letter and spirit of the Constitution". *Rossiiskaia gazeta* 09.10.2018. Accessed August 21, 2020. <https://rg.ru/2018/10/09/zorkin-nedostatki-v-konstitucii-mozhno-ustranit-tochechnymi-izmeneniami.html>. (In Russian)

Received: November 11, 2019

Accepted: September 2, 2020

Author's information:

Igor' A. Kravets — Dr. Sci. in Law; kravigor@gmail.com