

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ОРГАНАМИ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ ЗАРУБЕЖНОГО ОПЫТА

© 2016 г. Александра Алексеевна Троицкая¹,
Татьяна Михайловна Храмова²

Статья посвящена сравнительному анализу использования зарубежного опыта в решениях органов конституционного контроля. Авторами представлены факторы, побуждающие суды ссылаться на иностранные источники, приведена классификация целей цитирования и дано осмысление легитимности судебного компаративизма через теории интерпретации конституции. Выявленные подходы применены в исследовании практики российского Конституционного Суда, демонстрирующего определенную степень открытости к цитированию зарубежного опыта.

This article is dedicated to comparative analysis of the use of foreign law by constitutional courts. The authors explore various factors that motivate judges to refer to foreign legal sources, categorize the goals of citation, and provide a theoretical framework for judicial comparativism drawing on the theories of constitutional interpretation. The main findings of this analysis help to understand the Russian Constitutional Court's emerging practice of explicit use of comparative arguments.

Ключевые слова: конституционное правосудие, ссылки на зарубежный опыт, цели цитирования, правовая семья, теории конституционной интерпретации, Конституционный Суд РФ.

Key words: constitutional adjudication, references to foreign law, goals of citation, legal system, theories of constitutional interpretation, Constitutional Court of Russia.

Введение. Рассматривая различные конфликты, многие органы конституционного контроля обращаются в своих решениях к иностранному опыту, причем в последние десятилетия эта практика развивается все активнее. Естественно, степень и периодичность такого обращения не одинакова для органов конституционного контроля разных стран, но многими учеными обоснованно подчеркивается существование определенных тенденций, требующих теоретического осмысления³. Речь идет о том, чтобы создать систематизи-

рованное представление о базовых предпосылках, предопределяющих допустимость цитирования иностранных правовых решений (или, напротив, затрудняющих такое цитирование), складывающихся с учетом этих предпосылок подходах различных судебных органов, преследуемых при этом целях и (в итоге) значении и перспективах обращения к сравнительному конституционализму на практике. Эта задача представляется тем более актуальной, что российский Конституционный Суд, в целом проявляющий сдержанность в обращении к иностранным источникам, все же не чужд тому, чтобы иногда ссылаться на них. Так, в июле 2015 г. Суд принял постановление, в котором впервые использовал технику цитирования конкретных решений иностранных судов⁴.

В данной статье рассматривается практика различных органов конституционного контроля, в том числе функционирующих в рамках неспециализированной (англосаксонской) судебной модели. Однако для целей настоящей работы будут учитываться только те решения, в которых со ссылкой на иностранный опыт получили разрешение именно конституционные конфликты.

¹ Доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (E-mail: stephany@mail.ru).

Alexandra Troitskaya, associate Professor of Department of constitutional and municipal law Department of Moscow state University named M.V. Lomonosov, PhD in Law (E-mail: stephany@mail.ru).

² Старший юрист Института права и публичной политики, кандидат юридических наук (E-mail: t.syrunina@gmail.com). Tatiana Khranova, senior associate of the Institute of law and public policy, PhD in Law (E-mail: t.syrunina@gmail.com).

³ См., например: *Alford R.P.* In Search of a Theory for Constitutional Comparativism // *UCLA Law Review*. 2005. Vol. 52; *Halmi G.* The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation // *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* / Ed. by M. Rosenfeld, A. Sajo. Oxford, 2012. P. 1330. О проблеме теории, идущей вслед за практикой, а не опережающей ее, см. также: *McCrudden C.* Judicial Comparativism and Human Rights // *Comparative Law* / Ed. By E. Özüçü, D. Nelken. Hart Publishing, 2007. P. 372.

⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П. Речь идет именно о точном указании на конкретные судебные решения, принятые за рубежом, причем в постановлении, принятом большинством, а не в особых мнениях отдельных судей.

Теоретически интерес представляет всякое обращение судов к зарубежному опыту. Однако его изучение на практике затрудняется сложностью сбора эмпирического материала по решениям различных органов конституционного контроля, которые к тому же не всегда достаточно четко конкретизируют, к каким именно нормативным, правоприменительным или доктринальным иностранным источникам (и даже — каких именно стран) они обращаются. В науке существуют отдельные исследования по этим вопросам. В частности, нельзя не отметить работу, посвященную использованию конституционными судами решений своих иностранных коллег⁵, на которую мы можем опираться, не пренебрегая вместе с тем и другими известными ситуациями обращения судов к иностранным нормам, практике и доктрине. Следует подчеркнуть, что в данной работе мы сосредоточимся на случаях явных ссылок органов конституционного контроля на зарубежный опыт, хотя полностью отдаем себе отчет в том, что в действительности возможно и более широкое обращение судов к нему, остающееся за рамками текста итогового решения.

Настоящее исследование не затрагивает проблемы использования судами международно-правовых инструментов, являющихся для государств обязательными (хотя решения наднациональных судов сами по себе дают выход и на опыт зарубежных стран). Предмет статьи — практика обращения конституционных судей именно к иностранным источникам, формально не являющимся обязательными для них. В работе будут последовательно представлены факторы, влияющие на создание практики подобного обращения (I), цели использования судами зарубежного опыта (II) и некоторые теоретические подходы к осмыслению цитирования (III), а затем результаты анализа будут соотнесены с подходами, получившими выражение в решениях Конституционного Суда РФ (IV). На этой основе будут предложены некоторые выводы, касающиеся использования органами конституционного контроля иностранного опыта.

I. Общие предпосылки и практика использования органами конституционного контроля зарубежного опыта

В научных исследованиях, посвященных использованию органами конституционного контроля опыта зарубежных стран, предлагается с некоторой долей условности относить эти органы к *трем* группам, а именно: к тем, кто использует такой опыт

часто; или умеренно; или редко (и даже никогда)⁶. При этом речь идет об оценках, сделанных хотя и на основе некоторых статистических данных, собранных в отношении разных судов⁷, но в отсутствие однозначных количественных критериев (например, установленных в виде порога, показывающего, какой процент решений органа содержит ссылки на опыт других государств, и позволяющих при конкретных показателях этого порога относить суд к соответствующей группе). Одни лишь количественные показатели не могут описывать все тонкости обращения судов к зарубежному опыту — не только из-за сложности подбора соответствующего эмпирического материала и возможных статистических погрешностей, но также из-за специфики различных видов решений разных органов конституционного контроля, “неравномерности” обращения этих органов к зарубежному опыту в отдельные временные периоды и по разным категориям дел, а главное — неоднозначности той роли, которую могут играть те или иные ссылки при формулировании судами своих собственных выводов. По этой причине количественные показатели нуждаются в дополнительном анализе с позиции факторов, влияющих на процесс, в результате которого суды оказываются в разных точках непрерывной прямой, протянувшейся от тех из них, кто использует зарубежный опыт в большинстве своих решений⁸, до тех, кто стремится избегать его, демонстрируя к нему не только нейтральное⁹, но и до некоторой степени враждебное¹⁰ отношение.

⁶ См.: Saunders Ch. Judicial Engagement with Comparative Law // Comparative Constitutional Law / Ed. by T. Ginsburg, R. Dixon. Cheltenham, Northampton, 2011. P. 573.

⁷ Обращает на себя внимание, что данные эти по большей части разрозненные, поскольку по отдельным судам они собираются разными авторами за разные годы и по различным категориям дел.

⁸ Например, Верховный суд Намибии со ссылками на зарубежных коллег в 93% решений по делам конституционного характера за период с 1990 по 2008 г. был обозначен исследователями как “импортер зарубежного права”. Примером большого количества обращений к зарубежному опыту традиционно служит также Конституционный суд ЮАР (52% решений).

⁹ Так, в практике Верховного суда Японии в период с 1990 по 2008 г. обнаружена только одна явная и полная ссылка на иностранное решение, да и та в особом мнении (при 234 делах по конституционным вопросам, рассмотренным за указанный период, это составляет менее половины процента); это не препятствовало тому, чтобы Суд в двух других случаях делал более расплывчатые ссылки на практику “зарубежных стран”, но главное — испытывал непренебрежимое “скрытое влияние” со стороны зарубежного права.

¹⁰ Не просто неиспользование, а явное указание на неуместность использования зарубежного опыта содержится, например, в целом ряде решений Верховного суда США, хотя в его практике можно выделить и решения, принятые при возобладании другого подхода.

⁵ См.: The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges / Ed. by T. Groppi, M.-C. Ponthoreau. Oxford, Portland, 2013.

Прежде всего следует обратить внимание на различные категории дел, при рассмотрении которых может произойти (или не произойти) обращение к иностранным источникам. В самом первом приближении бо́льший простор открывают вопросы, связанные с правами и свободами человека и гражданина. Не в последнюю очередь это связано с усилиями, предпринимаемыми отдельными государствами, региональными и универсальными международными организациями и направленными на распространение единых стандартов содержательного наполнения прав. В результате стремление к восприятию иностранного опыта выглядит более естественным в случае обращения к правам, чья ценность с очевидностью способна перешагнуть государственные границы, нежели в случае рассмотрения конфликтов, связанных с институциональными вопросами и, соответственно, спецификой структур организации публичной власти в данном конкретном государстве. Вместе с тем подобная линия рассуждений не должна быть абсолютизирована: как будет показано далее, особенности становления и развития того или иного государства могут иметь эффект и для особого понимания в нем сути и значения прав и обязанностей человека или отдельных их аспектов¹¹; одновременно в условиях, когда “миграция идей” происходит и при выборе институциональных решений (вплоть до заимствования отдельных элементов организации публичной власти), суд вполне может учитывать решения своих иностранных коллег при рассмотрении соответствующих споров¹². Иными словами, обращение судов к иностранному опыту при рассмотрении того или иного круга конституционно-правовых вопросов — это часть более глобальной современной проблемы, связанной с использованием сравнительного метода в отрасли конституционного права в целом¹³; при этом грани между задачами обеспечения основных прав и создания

пригодных для этого конструкций публичной власти не являются непроницаемыми.

Это следует принимать во внимание и при оценке того потенциала, который имеют сами конституционные нормы, до некоторой степени способные сформировать определенное отношение к использованию иностранного опыта в контексте различных дел. Нормы отдельных конституций могут служить своего рода приглашением к такому использованию, не указывая на это прямо¹⁴. Характерным примером здесь является ст. 1 канадской Хартии прав и свобод, в соответствии с которой “права и свободы могут ограничиваться только нормами права в пределах, считаваемых разумными, и оправданность которых может быть объяснена в свободном и демократическом обществе”. По мнению некоторых исследователей, при такой формулировке “текст национальной конституции не может быть понят без сравнительного анализа”¹⁵; при этом нужно заметить, что, хотя на первый взгляд речь идет именно о правах, точнее, оправданности их ограничений, сравнительный анализ может также потребоваться и при оценке правил функционирования органов публичной власти в свободном демократическом обществе¹⁶.

Мировой практике известны случаи более однозначных указаний на возможность обращения к иностранным правовым инструментам. Так, Конституция государства “прописки” одного из лидеров по числу ссылок на зарубежный опыт — Конституционного суда ЮАР — в ст. 39 содержит прямое указание, в соответствии с которым при толковании Билля о правах любой суд может учитывать помимо прочего *право зарубежных стран*. Поскольку тут же уточняется, что “при толковании любого законодательства и при разработке общего права или обычного права каждый суд... должен соответствовать духу, букве и целям Билля о правах”, норма об учете права зарубежных стран имеет даже большее значение, чем это мо-

¹¹ О цивилизационном подходе к правам человека, позволяющим выделить различные модели прав, см.: Богданова Н.А. Конституционное право. Общая часть. М., 2005. С. 64.

¹² См., например: решение Конституционного суда Литвы от 25 октября 2011 г. о допустимости обратной юридической силы его решений (со ссылкой на конституции Португалии, Польши, Словении, решения судов Австрии, Германии, Латвии и др.) // <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1113>

¹³ В этом контексте значение имеют и информационная доступность различных правовых решений, легкость перемещений, в том числе глобализации юридического образования (см.: *Perju V. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations* // *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. P. 1305).

¹⁴ См.: *Saunders Ch. Op. cit.* P. 574.

¹⁵ *Bryde B.-O. The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue* // *Markesinis B., Fedtke J. Judicial Recourse to Foreign Law*. New-York, 2006. P. 306.

¹⁶ Так, в деле, в котором Верховный суд Канады заложил основы применения ст. 1 Хартии, в контексте обсуждения презумпции невиновности были рассмотрены также вопросы о правилах сбора и оценки доказательств правоохранительными органами (в том числе со ссылкой на решения Верховного суда США) (см.: *R. v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103 // <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>).

жет показаться на первый взгляд¹⁷. Использование этой нормы на практике было поддержано в одном из ранних решений Конституционного суда, в котором судья Э. Сакс подчеркнула следующее обстоятельство: “Мы – это новый суд, установленный новым образом для работы с новой Конституцией... Мы нуждаемся в развитии соответствующего южно-африканского способа работы с нашей Конституцией, такого, который начинался бы с самой Конституции, признавал бы путь, посредством которого она появилась, ее язык, дух, стиль и внутреннюю логику, интересы, которые она защищает, и исполненный боли опыт, против которого она направлена, ее место в развитии нашей страны, нашего общества и нашей правовой системы, и ее существование как части глобального развития конституционализма и прав человека”¹⁸.

В действительности высказанное соображение имеет значение не только для ЮАР; оно выводит нас на весьма распространенную ситуацию, когда некоторые давно существующие или вновь учрежденные органы конституционного контроля считают нужным (*даже и в отсутствие однозначного конституционного разрешения*) опереться в своих решениях на опыт других государств, прошедших похожий путь конституционного развития/обновления или имеющих устойчивую традицию функционирования конституционных институтов. Это может быть связано с принадлежностью государства – “реципиента” зарубежного опыта к определенному геополитическому региону; усвоенными им специфическими историческими уроками, в том числе в части переноса элементов правовой системы¹⁹; обстоятельствами принятия его собственной конституции (включающими участие в работе над ней представителей наднациональных структур и заимствование конститу-

ционных институтов из иностранных систем)²⁰, необходимостью для органа конституционного контроля, функционирующего в условиях “переходного” периода, утвердить свое положение в системе разделения властей или разработать определенную модель какого-либо конституционного института с опорой на авторитет уже зарекомендовавших себя структур²¹.

В правовой литературе подчеркивается значение еще одной тенденции применительно к демонстрируемой судами различных государств разной степени готовности к участию в межгосударственном диалоге. Речь идет о том, что в рамках англосаксонской правовой семьи идея заимствования решений иностранных судов в принципе воспринимается лучше, чем в рамках романо-германской, по следующим причинам, суммированным в литературе²². Во-первых, общее право само по себе предполагает, что дела разрешаются с опорой на решения по более ранним делам, которые считаются аналогичными²³; общие принципы, которые могут быть индуктивным образом выведены из уже решенных дел, применяют к новым делам достаточно гибко. Отсюда следует, что суды имеют определенное *усмотрение* в вопросе о том, на основе каких норм следует решать конкретную конфликтную ситуацию. До некоторой степени это усмотрение связано доктриной прецедента, но в то же время сама эта доктрина позволяет считать судей создателями права; кроме того, конструкция обязывающих прецедентов (*binding precedents*) не исключает рассмотрения в деле также и прецедентов, не являющихся таковыми, если с учетом обстоятельств дела они представляются *убедительными*²⁴. Будучи продолжен, такой прагматичный подход позволяет суду обращаться к опыту других юрисдикций, так же как и к опыту своей собственной, что и открывает путь внешнему влиянию. Во-вторых, значение

¹⁷ Единственным примером еще более сильной нормы в национальной конституции является норма ст. 11 Конституции Малави, которая устанавливает, что, интерпретируя Конституцию, суд, “где это применимо, считается с действующими нормами публичного международного права и сопоставимой практикой иностранных судов”.

¹⁸ State v. Mhlungu and Others (CCT25/94) [1995] ZACC 4 // <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/4.html>

¹⁹ Отдельного внимания заслуживает судебная практика стран, некогда имевших колониальные связи с другими государствами. С учетом заимствования базовых элементов правовой системы другого государства неудивительно, что бывшие колонии обращаются к решениям своей прежней метрополии. В этом случае интересен скорее опыт, показывающий критическое восприятие зарубежных источников, а также расширение “географии” цитирования. О ситуации, например, в Австралии, Канаде, Индии см.: The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges. P. 13–98.

²⁰ В частности, это предопределило положение Конституционного суда Намибии, широко цитирующего в том числе коллег из ЮАР.

²¹ Это особенно верно для государств, прежде не имевших собственно судебного конституционного контроля, в том числе постсоциалистических. См., например, анализ стратегии использования зарубежного опыта, добровольно избранной Конституционным судом Венгрии на начальном этапе его функционирования: DupréC. Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity. Oxford, 2003.

²² Подробное сопоставление двух систем см.: Saunders Ch. Op. cit. P. 575–580.

²³ См.: Common Law Theory / Ed. by D. Edlin. Cambridge, 2007. P. 102, 116.

²⁴ Об источниках, чей потенциал связан с убедительностью, а не формальной обязательностью см.: Glenn P. Persuasive Authority // McGill Law Journal. 1987. Vol. 32. No. 2 // <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5408801-glenn.pdf>

имеет форма судебных решений, принимаемых в рамках действия общего права и содержащих, как правило, развернутое обоснование выбора и способа применения правовых источников, на основе которых решается дело, что обеспечивает понимание значения предыдущих прецедентов, а также перспектив использования рассматриваемого дела в качестве прецедента в будущем. К этому следует добавить идею о том, что каждый судья имеет право и обязанность представить свои особые аргументы, если не считает возможным присоединиться к общему мнению. Соответственно, применительно к общему праву констатируется перенос “центра тяжести” для концепции нормы права с идеи “команда” на идею “обоснование”, что также облегчает использование в прагматических целях иностранного опыта. В-третьих, органы конституционного контроля в странах, где признано общее право, обычно осуществляют конкретный контроль в условиях существования спора между двумя и более сторонами и используют если не исключительно, то в основном именно аргументы сторон. Если стороны ссылаются на опыт других государств, можно ожидать отражения в итоговом решении соображений суда относительно этого опыта. Наконец, специфика самих конституционных споров актуализирует три упомянутых аргумента, поскольку наличие в современных конституциях применимых к этим спорам норм общего характера (включая нормы-цели, нормы-дефиниции, нормы-принципы) делает необходимым расширение интерпретационных возможностей суда, в том числе за счет обращения к иностранным решениям.

Континентальная правовая система, напротив, предполагает решение правовых споров на основе применения формально определенных, имеющих обязательную юридическую силу законодательных норм, что имеет эффектом иное понимание роли суда в этом процессе (правоприменительный, а не правотворческий орган), иное восприятие соотношения между формально обязательными источниками и источниками, являющимися просто убедительными (четкое стремление к использованию норм, имеющих обязательный характер), и иной (более директивный) стиль самих решений. В рамках такой системы есть суды, для которых совокупность этих обстоятельств оставляет сравнительно мало места для цитирования опыта иностранных государств²⁵.

²⁵ Это особенно хорошо видно на примере Конституционного совета Франции, сама структура решений которого (построенная по типу силлогизма) затрудняет обращение к иностранным правовым инструментам.

Следует оговориться, что речь идет действительно лишь о некоей тенденции, которая не может быть корректно понята без существенных уточнений. С одной стороны, мы можем видеть, что на практике некоторые “континентальные” органы конституционного контроля все же используют иностранный опыт при рассмотрении дел. Это не в последнюю очередь связано с тем, что обозначенные выше специфические черты положения судов в системе общего права, открывающие путь к иностранным решениям, отчасти присущи и конституционным судам (особенности конституционных норм и конституционных споров; формирование решений, значение которых приближается к прецедентам²⁶; изменение стиля в сторону развернутого обоснования решения и представление особых мнений; возможность отразить в тексте решения ссылки на зарубежный опыт, который приводили стороны или судья-докладчик по делу). С другой стороны, в числе судов, демонстрирующих достаточно сдержанное отношение к потенциалу использования сравнительного метода, есть и те, которые функционируют в рамках англосаксонской системы.

К числу последних можно отнести Верховный суд США, в решениях которого неоднократно было акцентировано, что рассуждения, опирающиеся на иностранные источники, не несут никаких преимуществ²⁷. Так, в одном из дел, в котором обсуждалась возможность возложения федеральным законом полномочий по его исполнению на органы штата, судья Скалиа, представивший решение большинства, указал на то, что “сравнительный анализ не уместен в деле толкования конституции”²⁸. Примечательно, что это указание было сделано с учетом особого мнения одного из судей, который привел в качестве примера опыт других федераций, допускаю-

²⁶ О потенциале сближения различных правовых систем применительно к этой проблеме см.: *Лазарев Л.В.* Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2003. С. 39.

²⁷ Это не мешало Суду ссылаться на английское право во многих случаях, особенно на ранних этапах его функционирования (см., например: *United States v. Wilson*, (1833) // <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/32/150/case.html>; *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1879) // <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/99/130/case.html>; *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884) // <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/case.html>; и др.). Базовое родство соответствующих правовых систем, а также стремление подчеркнуть сходства и различия между двумя системами правления создавали предпосылки для этого (см.: *Speriti A.* *United States of America: First Cautious Attempts of Judicial Use of Foreign Precedents in the Supreme Court's Jurisprudence* // *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. P. 395).

²⁸ *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997) // <http://www.law.cornell.edu/supct/html/95-1478.ZO.html#FNSRC11>

щих такое регулирование. Позднее, оставшись в меньшинстве при решении другого дела, связанного с действовавшим в одном из штатов запретом на гомосексуальные связи и решенного большинством²⁹ со ссылкой на решения ЕСПЧ, которыми аналогичные запреты были признаны нарушающими Конвенцию о защите прав человека и основных свобод³⁰, судья Скалиа снова подчеркнул (теперь уже в своем особом мнении), что обращение Суда к иностранным позициям (причем именно тем из них, которые подтверждали позицию большинства при игнорировании опыта стран, не декриминализировавших содомию) представляет собой бессмысленную и притом опасную сентенцию, поскольку “Суд не должен изменять иностранные настроения, прихоти и модные установки к Америке”.

Это мнение разделяют далеко не все в Америке и даже собственно в Верховном суде, последние годы деятельности которого отмечены более лояльным отношением к цитированию иностранных решений³¹. Тем не менее эта критика нетривиальна тем, что представляет собой своего рода квинтэссенцию замечаний, звучащих в адрес заимствования зарубежного опыта органами конституционного контроля. В рамках данной работы нет задачи разбирать все замечания подробно³². Заметим только, что наиболее активно обсуждаются проблемы, связанные с: 1) (не)легитимностью обращения к зарубежным источникам, особенно неприемлемого с позиции оригиналистской теории толкования конституции, предполагающей, что суд должен максимально близко следовать намерениям ее создателей, а не иным, тем более “внешним” со-

ображениям³³; 2) (не)ограниченным расширением свободы судейского усмотрения, вытекающей из возможности суда воспользоваться любым из всего многообразия существующих в мире решений, в том русле, в каком ему это желательно, и пренебречь теми решениями, которые по каким-либо причинам кажутся неподходящими, притом что аргументы в пользу сделанного выбора суд представляет далеко не всегда³⁴; 3) (не)возможностью обеспечить корректное сравнение, т.е. определить релевантность и пределы применения иностранного опыта и обеспечить своеобразие развития собственной правовой системы, обусловленное целым рядом причин, в том числе исторического, политического, экономического характера³⁵.

Заметим здесь же, что при желании все эти возражения могут быть преодолены: последние два представляют собой скорее предупреждение против рисков некорректного использования за-

³³ См.: *Levinson S. Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections* // *Texas International Law Journal*. 2004. Vol. 39. P. 360.

³⁴ Как сказал Дж. Робертс, будучи кандидатом на должность председателя Верховного суда США, “в иностранном праве вы можете найти все, что хотите. Если этого нет во французских или итальянских решениях, это есть в Сомали или Японии, или Индонезии, или где-то еще... И на самом деле это расширяет свободу усмотрения судьи” (см.: *Confirmation Hearing of the Nomination of J.G. Roberts to be Chief Justice of the United States* // <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CHRG-ROBERTS/pdf/GPO-CHRG-ROBERTS.pdf>). Куда более саркастично судья Скалиа представил логику судьи, обращающегося к зарубежному опыту за дополнительными аргументами: “Я хочу сделать именно так; я должен найти этому какое-то обоснование. Я должен что-то написать по этому поводу – знаете, я хочу, чтобы это выглядело юридически корректно. Я должен на что-то сослаться. Я не могу процитировать более раннее американское решение [...] Я не могу процитировать ни один из американских законов [...] О боже, какой же источник мне использовать? [...] У меня есть решение интеллигентного человека из Зимбабве или еще откуда-нибудь, вот на них я и сошлюсь. Ей-богу, это выглядит юридически грамотно! Как тут не поддаться манипулированию? Невозможно не поддаться” (см.: *Dorsen N. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer* // *International Journal of Constitutional Law*. 2005. No.5. P. 531).

³⁵ Действительно, случаи неверного некорректного обращения к зарубежному опыту – не редкость. Так, в уже упомянутом деле “*Принц против Соединенных Штатов*” ссылка судьи Брейера на федеративное устройство, например, Германии не учитывала особенности распределения властей по горизонтали и вертикали, существующее в этом государстве и отличающееся от американской ситуации настолько, что о существовании “общей проблемы” говорить уже не приходилось (см.: *Halberstam D. Comparative Federalism and the Issue of Commandeering* // *Federal Vision* / Ed. by K. Nikolaidis, R. Howse. Oxford, 2001. P. 235).

²⁹ См.: *Lawrence v. Texas*, 539 U.S.558 (2003) // <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html#opinion-pdf>

³⁰ См., например: *Dudgeon v. United Kingdom*. App. no.7525/76), Judgment of 22 October 1981 // [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473#%22itemid%22:\[%22001-57473%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473#%22itemid%22:[%22001-57473%22])

³¹ Кроме приведенного уже дела можно назвать, например: *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) // <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/case.html>; *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551 (2004) // <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>; и др. К этому можно добавить и многочисленные более ранние решения, содержащие ссылки на иностранное право, особенно принятые на первоначальном этапе функционирования Верховного суда, когда его практика еще находилась на этапе становления (см.: *Sperti A. Op. cit.* P. 403).

³² Примечательный обзор возражений и возможных вариантов ответа на них см.: *Tushnet M.V. When Knowing Less Better than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law* // *Minnesota Law Review*. 2006. Vol. 90. P. 1276–1302.

рубежного опыта, нежели констатацию полной невозможности его применения, а первое требует понимания конкретных целей и задач, которые стоят за цитированием иностранных источников. Продуктивной представляется позиция, высказанная одним из канадских судей: при использовании опыта других государств судьи “должны относиться с осторожностью к слишком охотному проведению параллелей между конституциями, появившимися для разных наций, в разное время и в очень разных обстоятельствах”; иностранный опыт поэтому “должен рассматриваться как инструмент, а не как хозяин”³⁶.

Тем не менее с учетом всех обстоятельств, которые располагают к использованию иностранного опыта, а также имеющихся возражений против такого использования следует признать, что на появление в конкретном государстве традиции ссылаться или не ссылаться на зарубежный опыт влияет не какой-то один решающий фактор, а скорее их комбинация, точнее – комбинация отношения к различным соображениям за и против заимствования иностранных решений. Существенную роль играют также конкретные цели цитирования, а также связанные с ними базовые теории интерпретации, используемые органами конституционного контроля и влияющие на конечное отношение конкретного суда к использованию иностранных источников.

II. Цели обращения органов конституционного контроля к зарубежному опыту

Характеристика *целей* использования органами конституционного контроля зарубежного опыта важна для определения значения сравнительно-правового аргумента в общей структуре судейской аргументации и, как следствие, для общего вывода о легитимных пределах обращения национальных конституционных (верховных) судов к опыту иностранных государств.

Цели использования органами конституционного контроля зарубежного опыта условно можно разделить на две основные группы, первая из которых – “*содержательное*” цитирование – связана с основной задачей суда по разрешению правовой коллизии, а вторая – “*стратегическое*” цитирование – является скорее элементом судейской “дипломатии” и позиционирования суда в национальной правовой системе и на международной арене. В рамках первой группы будут последовательно рассмотрены такие конкрет-

ные цели цитирования, как поиск оптимального решения и поиск дополнительных аргументов. Вторая группа целей отличается разнообразием, ее содержание варьируется в каждой конкретной юрисдикции сообразно степени участия конституционного суда в проведении конституционной политики. Не претендуя на исчерпывающий анализ всех стратегических целей обращения к зарубежному опыту, в настоящей работе мы обозначим три наиболее распространенных цели: демонстрация дружественности, демонстрация открытости и демонстрация влияния.

1. “Содержательное” цитирование

А. Поиск оптимального решения

Сталкиваясь со сложной конституционно-правовой проблемой, в отношении которой национальная конституция не дает четких указаний, ведущих к единственно допустимому решению, орган конституционного контроля обращается к опыту зарубежных коллег в поиске вариантов решения аналогичных правовых коллизий.

В рамках рассматриваемой цели суд стремится изучить практику большого числа государств и составить целостное представление о спектре существующих в мире подходов к решению проблемы. По меткому замечанию А. Барака, “важность сравнительного правоведения заключается в расширении горизонта понимания судьи”³⁷. Схожую позицию выразил судья Конституционного суда ЮАР А. Часкалсон в решении по делу об отмене смертной казни³⁸, указав, что “международные и иностранные инстанции в данном случае имеют значение, поскольку они анализируют аргументы за и против смертной казни и демонстрируют, каким образом суды в других юрисдикциях решали этот болезненный вопрос” (п. 34). Конституционная истина для национальной правовой системы устанавливается посредством анализа реальных последствий того или иного решения, проявившихся в схожих условиях в других правовых порядках. Как отмечается в правовой литературе, преимущества использования сравнительного метода особенно заметны в тех государствах, где орган конституционной юстиции обладает ограниченными полномочиями по сбору доказательств и тестированию своих гипотез³⁹.

³⁷ Barak A. The Judge in a Democracy. Princeton and Oxford, 2006. P. 198.

³⁸ См.: S v Makwanyane and Another. 1995 (3) SALR 391 (CC) // <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>

³⁹ См.: Fontana D. Refined Comparativism in Constitutional Law // UCLA Law Review. 2001. Vol. 49. P. 553.

³⁶ R. v. Rahey, [1987] 1 SCR 588 // <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/215/index.do>

В качестве примера использования зарубежного опыта с целью выработки оптимального решения приведем Постановление Конституционного суда Литовской Республики от 28 сентября 2011 г.⁴⁰, в котором по запросу группы депутатов Сейма проверялась конституционность определения семьи, сформулированного в Государственной концепции семейной политики. В тексте решения аргументы, основанные на анализе внутреннего законодательства, а также практике Европейского Суда по правам человека, дополняются исследованием практики органов конституционного контроля зарубежных государств, которые сталкивались с проверкой содержания понятия “семья”. Кратко изложив выводы конституционных судов Чешской Республики, Республики Словения, Республики Хорватия, Венгрии, Федерального конституционного суда Германии и Конституционного совета Франции по вопросу о том, какие отношения признаются государством в качестве семейных, Конституционный суд Литовской Республики составил “общую картину” существующих подходов к решению проблемы и на ее основе выбрал и обосновал широкий подход к пониманию семьи как официально зарегистрированного или фактически сложившегося союза между мужчиной и женщиной.

Итогом обращения к зарубежному опыту в рамках рассматриваемой цели является заимствование самого *решения* (*solution*) проблемы. Как только суд определяется с итоговым решением, аргументация строится по правилам и традициям, сформировавшимся в конкретном правовом порядке и может (хотя и необязательно) содержать ссылки на отдельные доводы/ремарки зарубежных коллег, аргументацию по аналогии или эмпирические данные, приведенные в иностранных решениях.

Возникает вопрос: какой логикой руководствуется орган конституционной юстиции при выборе собственного – “оптимального” – решения на основе имеющейся информации о несвязывающих его подходах зарубежных государств? В отличие от понятной стратегии следования обязательным принципам и нормам международного права, отношение национального суда к зарубежному опыту может строиться либо на *принятии* наиболее распространенного или убедительно аргументированного подхода как “правильного” или “справедливого” решения, либо на *противопоставлении* собственного понимания конституционного блага стандартам, выработанным в других государствах.

Б. Поиск аргументов для обоснования решения

Результаты сравнительного анализа могут быть использованы конституционным судом в качестве дополнительного аргумента для обоснования уже выработанного решения. Когда суд привлекает зарубежный опыт с целью усиления собственной аргументации, ему может быть интересен не итоговый вывод иностранного суда или законодателя, а отдельные *промежуточные доводы* либо конкретные теоретические или эмпирические *доказательства*. Значение сравнительного аргумента и его соотношение с другими – формальными и содержательными – аргументами, используемыми для обоснования судебного решения, могут варьироваться.

“Положительный” компаративизм

В ряде случаев орган конституционного контроля обращается к зарубежному опыту, чтобы показать, что аргумент, приводимый в итоговом решении, ранее уже использовался иностранными коллегами, а потому заслуживает доверия. В литературе такое использование сравнительного метода получило название “*положительного*” (*positive*) *компаративизма*⁴¹. Например, в решении Высокого суда Австралии 2007 г. по делу “*Роуч против Председателя избирательной комиссии*”⁴², в котором проверялись на соответствие Конституции нормативные положения, лишающие заключенных активного избирательного права, Суд приводил отдельные доводы иностранных коллег в поддержку своих рассуждений. Посчитав, что в целом выводы из решений по аналогичным делам Верховного суда Канады (дело “*Совэ против Канады*”⁴³) и Европейского Суда по правам человека (дело “*Херст против*”

⁴¹ См.: Fontana D. Op. cit. P. 551.

⁴² Roach v Electoral Commissioner, [2007] HCA 43 // <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2007/43.html>. Высокий суд пришел к выводу, что лишение лиц, совершивших серьезные преступления (отбывающих наказание в виде трех и более лет лишения свободы), активного избирательного права конституционно оправданно. При этом лишение свободы, как таковое (вне зависимости от срока), не является подходящим методом определения серьезности преступного поведения, поэтому не соответствует Конституции норма, лишающая всех лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, права избирать.

⁴³ Sauvé v Canada, [2002] 3 SCR 519 // <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2010/index.do>. В этом решении Верховный суд Канады постановил, что заключенные имеют право голосовать в соответствии со ст. 3 канадской Хартии прав и свобод и признал норму закона, ограничивающую право каждого заключенного, приговоренного к отбыванию наказания в исправительном учреждении сроком на два года и более, неконституционной. Судья Гонтье выразил несопадающее мнение.

⁴⁰ См.: CaseNo. 21/2008 // <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1112/content>

Великобритании” (№ 2)⁴⁴) не могут быть воспроизведены и восприняты в австралийском контексте (п. 17), судья Глисон тем не менее выразил уверенность в том, что один из аргументов судьи Верховного суда Канады Ш. Гонтье полезен для использования в решении по делу Роуч. Судья Высокого суда Австралии привел точную цитату из несовпадающего мнения канадского судьи о том, что “применяемое к лицам, совершившим серьезные преступления, лишение избирательных прав является сигналом как для общества, так и для самих преступников о том, что такое поведение является неприемлемым”, и отметил, что эти рассуждения справедливы и для Австралии (п. 18).

Использование зарубежного опыта с указанной целью связано с заимствованием доказательств, подтверждающих доводы национального органа конституционной юстиции. В сущности, суду может быть не принципиально, на опыт каких государств сослаться. Этот вопрос решается в том числе с опорой на рассмотренные выше традиции цитирования. Важны лишь логика и содержание аргументов иностранных коллег, демонстрирующие, что национальный суд не одинок в своих умозаключениях. Значение обращения к зарубежному опыту возрастает, если у суда недостаточно собственных аргументов, основанных на традиционных и воспринятых им способах толкования конституции и законодательства (грамматическом, историческом, системном и др.), для убедительного обоснования решения.

Конечно, когда цель состоит в сборе максимального числа мнений, подтверждающих правильность выводов национального конституционного суда, подборка цитируемых зарубежных источников не создает полного представления о многообразии подходов к решению проблемы. Суд не заинтересован в изложении взглядов и соображений иностранных коллег, отличных от его собственных, и формально не обязан быть объективным в представлении сравнительного материала. Предостережения об избирательности цитирования приводят некоторых авторов к сомнению в наличии какой-либо реальной пользы от ссылок на зарубежный опыт, демонстрирующий сходство с позицией национального органа кон-

ституционной юстиции. Как отмечает проф. С. Левинсон, “мы можем быть воодушевлены тем, что другие развитые страны согласны с нами, но помимо этого нельзя сказать, что это наблюдение имеет значение. Только различия ставят суд перед потенциально интересной дилеммой”⁴⁵.

Действительно, в отличие от “положительного” цитирования, когда цель обращения к сравнительному материалу не вызывает сомнений, случаи цитирования “негативного” опыта иностранных коллег заслуживают в нашем представлении более пристального внимания и детального рассмотрения.

“Отрицательный” компаративизм

Под “отрицательным” компаративизмом (негативным цитированием, цитированием *a contrario*) понимается использование в конституционном правосудии (и более широко – в конституционном праве) иностранного опыта в качестве демонстрации *неправильного* либо *неподходящего* способа разрешения правовой коллизии⁴⁶. Исследователи этого явления отмечают, что отрицание зарубежного опыта важнее для развития конституционного сознания, чем позитивное копирование; отрицание может стать важным шагом в процессе определения сущностных характеристик национальной конституции⁴⁷. Изучение и привлечение зарубежного опыта в данном случае помогают конституционному суду не только в достижении конкретной цели, связанной с разрешением конституционно-правовой коллизии, но и в приближении к глубокому пониманию системы внутренних конституционных ценностей и определению места этой системы на мировой карте правовой мысли.

Негативный опыт зарубежных государств может приводиться, чтобы продемонстрировать сравнительные преимущества того решения, которое выбирает национальный суд. В этой связи интересен пример решения Верховного суда Канады 2010 г. по делу “Р против Синклэр”⁴⁸, где ставился вопрос о наличии у лица, содержащегося под стражей, права на юридическую помощь

⁴⁵ Levinson S. Op. cit. P. 360.

⁴⁶ См.: Stone A. Comparativism in Constitutional Interpretation // New Zealand Law Review. 2009. Статья доступна на сайте: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683127; The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges. P. 9; Fontana D. Op. cit. P. 551.

⁴⁷ Подробнее см.: Scheppele K.L. Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models // International Journal of Constitutional Law. 2003. No. 2. P. 296–324.

⁴⁸ R v. Sinclair, 2010 SCC 35 // <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7877/index.do>

⁴⁴ См.: Hirst v United Kingdom (No 2), [2005] ECHR 681, (2006) 42 EHRR 41 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22%3A%2274025/01%22%2C%22itemid%22%3A%22001-70442%22%7D>. В постановлении Большой палаты абсолютный запрет голосовать, распространяющийся на британских заключенных, признан нарушающим Конвенцию о защите прав человека и основных свобод.

адвоката во время полицейского допроса. Заявитель ссылаясь на известное решение Верховного суда США по делу *“Миранда против Аризоны”*⁴⁹, настаивая на том, что Канада должна вслед за США признать за гражданином такое право. Однако Верховный суд Канады отверг этот довод, указав, что правовые системы, включающие в себя весь комплекс гарантий прав лиц, содержащихся под стражей или под арестом, в данном случае являются несопоставимыми (п. 38, 39). Кроме того, Верховный суд Канады отметил, что эмпирические исследования демонстрируют неоднозначный эффект от правила, сформулированного в деле Миранды: некоторые авторы отмечают негативное влияние этого решения на правоприменение, другие оспаривают подобные выводы. Имеются также работы, утверждающие, что гарантии при допросе лиц, содержащихся под стражей, созданные решением по делу Миранды, носят иллюзорный характер (п. 40, 41). Таким образом, Верховный суд Канады отказался заимствовать опыт североамериканского соседа, продемонстрировав на примере недостатков решения по делу Миранды преимущества канадской модели защиты прав лиц, содержащихся под стражей.

Более сложные и неоднозначные случаи негативного цитирования связаны с обоснованием национальным конституционным судом отказа следовать зарубежной практике, объясняемого не недостатками решений государств-“доноров”, а *уникальными чертами* конституционной системы государства-“реципиента”, понятиями конституционной идентичности и самобытности, не позволяющими следовать мировым тенденциям. Аргумент противников рецепции зарубежного опыта основывается на суверенном праве народа жить по тем правилам, которые вытекают из защищаемых национальной конституцией ценностей в их интерпретации, предлагаемой парламентом, получившим свой мандат, а значит, одобрение и поддержку от народа⁵⁰.

Негативное цитирование необходимо, чтобы продемонстрировать те правовые аргументы, которые (хотя и абсолютно приемлемы в конституционном контексте другого государства) не укладываются в рамки национальной конституционной традиции. Здесь интересным примером является решение Конституционного суда Южно-Африканской Республики, в целом склонного, как отмечалось выше, к активному “положительному” заимствованию зарубежных моделей и

практик. Однако в деле о проверке конституционности положений Билля о национальной политике в области образования⁵¹ Конституционный суд ЮАР посчитал позицию Верховного суда США, выраженную в решении по делу *“Нью-Йорк против Соединенных Штатов”*⁵², неприменимой в качестве довода в пользу признания закона, обязывающего провинции ЮАР следовать национальной политике в области образования, противоречащим Конституции ЮАР. Конституционный суд ЮАР указал со ссылкой на более ранние свои решения, что полномочия парламента ЮАР основываются на формулировках национальной Конституции, опирающихся на историю государства (п. 22). В свою очередь, история ЮАР сильно отличается от истории США в части избрания модели федеративного устройства. Если федерация в США сложилась посредством объединения суверенных штатов, то в ЮАР провинции никогда не обладали суверенитетом, а были созданы Конституцией и наделены только ей определенным закрытым перечнем полномочий (п. 23). При этом Конституционный суд ЮАР не оспаривал легитимность решения Верховного суда США, разрешающего конституционный конфликт через призму конституционных ценностей своей страны. Схожие аргументы о неприменимости прецедентов Верховного суда США по проблемам федеративного устройства для разрешения конституционных коллизий в Индии высказаны в решении Верховного суда Индии по делу *“С.Р. Боммай против Индии”*⁵³: судья Ахмади указал, что «применять значение слов “федерация” или “самостоятельность”, используемое в контексте американской Конституции, к нашей Конституции было бы абсолютно неверно» (п. 22).

В целом с точки зрения применимости сравнительного метода все конституционно-правовые коллизии можно с большей или меньшей степенью условности разделить на *две группы*: 1) имеющие выраженную связь с ценностными ориентирами данного государства, подлежащие разрешению исключительно с помощью внутренних правовых механизмов и предполагающие использование только “отрицательного” компаративизма; 2) касающиеся общепризнанных конституционных ценностей, допускающие использование “положительного” компаративизма. Отнесение кон-

⁵¹ См.: 1996 (3) SLR 289 (CC) // <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/3.html>

⁵² New York v. United States, 505 U.S. 144 (1992) // <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/144/case.html>

⁵³ S.R. Bommai vs. Union of India, 1994 2 S.C.R. 644 // <http://indiankanoon.org/doc/60799/>

⁴⁹ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) // <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436>

⁵⁰ См.: Alford R.P. Op. cit. P. 674–692.

кретного спора к одной из двух групп — задача органа конституционного контроля.

Итак, мы рассмотрели случаи обращения конституционных судов к зарубежному опыту в целях поиска решения конституционно-правовой проблемы и сбора аргументов, усиливающих уже сформировавшуюся позицию. Не меньший интерес представляют и стратегические (политические) цели использования сравнительно-правового материала, связанные с подачей конституционным судом определенного сигнала другим ветвям власти, зарубежным коллегам или гражданскому обществу в целом.

2. “Стратегическое” цитирование

У органа конституционной юстиции всегда есть выбор — ограничиться изложением аргументов, вытекающих из анализа внутреннего законодательства и судебной практики, либо открыто сослаться на норму зарубежного законодательства или решение иностранного суда, не имеющих для него обязательной силы. Разумно предположить, что суд мыслит стратегически и если прибегает к цитированию, то делает это с оглядкой на ожидаемую реакцию в отношении сделанного им выбора стран, кейсов, стиля и объема изложения сравнительного аргумента. Можно выделить несколько “сигналов”, посылаемых конституционным судом в процессе заимствования зарубежного опыта:

А. Демонстрация дружелюбности, общности правовых систем

Государства, имеющие общую правовую историю, сложившуюся в том числе по итогам заимствования основных элементов правовой системы, часто прибегают к перекрестным ссылкам на опыт друг друга, чтобы подтвердить наличие тесных связей, дружественной близости и единого вектора развития правовых систем. Характерными примерами здесь являются такие органы, как Высокий суд Австралии, Верховный суд Канады, Верховный суд Ирландии, часто цитирующие решения друг друга, а также судебных органов Соединенного Королевства, причем и в тех случаях, когда речь идет о решении конституционно-правовых проблем⁵⁴. Общие правовые корни, связанные с имевшим ранее место метропольным положением Великобритании, а также специфическими отношениями внутри Содружества и полномочиями британского Тайного совета в судебной сфере, по-прежнему сказываются на практике указанных судов (и судов некоторых других

государств), чья традиция цитирования складывалась еще в период существования Британской империи и экспортирования системы общего права.

Б. Демонстрация открытости и перемены курса

Обращение к зарубежному опыту в “молодых демократиях” принято связывать с выстраиванием “репутационной” модели⁵⁵ для органа конституционного контроля, стремящегося подчеркнуть разрыв с недемократическим прошлым и/или демонстрацию открытости и готовность к решениям, которые по крайней мере выглядят как объективные и беспристрастные. Так, Конституционный суд Грузии часто ссылается на решения Верховного суда США и Федерального конституционного суда ФРГ⁵⁶, показывая тем самым, что он ориентирует свою систему на ценности этих развитых демократических режимов. В литературе подчеркивается, что обращение к зарубежному опыту способно повысить внешний престиж органа конституционного контроля, даже если по каким-либо причинам собственно иностранный подход был отвергнут⁵⁷. Примерами могут являться изучение и отбрасывания венгерским и южноафриканским конституционными судами практики Верховного суда США о допустимости смертной казни⁵⁸.

В. Демонстрация собственного влияния

Исследования выявили еще одну стратегическую цель обращения к зарубежным источникам на примере стран Восточной Азии. Проведенный в одной из работ анализ показал, что такие страны, как Южная Корея, Тайвань и Гонконг, прибегают к активному цитированию зарубежного опыта, преследуя цель доминирования на международной арене⁵⁹. В частности, Конституционный суд Кореи даже основал собственный Институт конституционных исследований, чтобы обеспечить широкое использование в собственных решениях зарубежного права и тем самым доказать свою лидирующую роль в восточноазиатском регионе⁶⁰.

⁵⁵ См.: Schauer F. The Politics and Incentives of Legal Transplantation // Governance in a Globalizing World / Ed. by J. Nye, J. Donahue. Washington, 2000. P. 259.

⁵⁶ См.: Report of the Constitutional Court of Georgia for the XVI Congress of the Conference of European Constitutional Courts 2014 // <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/ru/xvi-kongress-2014/landesberichte.html>

⁵⁷ См.: Perju V. Op. cit. P. 1318.

⁵⁸ См.: State v. Makwanyane, 1995 (3) SALR 391 CC; HUN-1990-S-003, MK 107.

⁵⁹ См.: Law D. Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy // University of Pennsylvania Law Review. 2015. No. 4. P. 943, 944.

⁶⁰ См.: ibid. P. 1016, 1024.

⁵⁴ См.: Barak A. Op. cit. P. 203, 204.

Итак, сравнительный анализ целей обращения органов конституционного контроля к иностранному опыту позволяет сделать несколько важных промежуточных выводов. Во-первых, цитирование законодательства и судебных решений зарубежных государств имеет как содержательное, так и символическое значение. Важно не только, *какие идеи* цитирует суд, но и *чья* идея, *в каком контексте* и *объеме* и с *какими* собственными комментариями. Во-вторых, особого внимания заслуживают случаи “отрицательного” цитирования как добровольного и открытого противопоставления собственных правовых решений подходам, выработанным зарубежными коллегами. Диалог (полилог) между конституционными судами демонстрирует, что в конституционном правосудии не существует простых проблем с понятными решениями. Сравнительный метод чаще подсказывает лишь вектор движения мысли, но не готовое решение.

Следует учитывать, что конкретные цели и способы обращения к зарубежному опыту избираются судом не произвольно, а на основе базовых теоретических конструкций, воспринятых им и призванных отображать его отношение к потенциалу сравнительного конституционализма, применяемого на практике.

III. Сравнительный конституционализм и теории интерпретации конституции

В зарубежной литературе предпринимаются попытки объяснить обращение судей к сравнительному методу в контексте существующих теорий интерпретации конституции. Теоретическое осмысление необходимо для ответа на вопрос о легитимности прямых ссылок на зарубежный опыт и для глубокого понимания того эффекта, который оказывает распространение сравнительной методологии в конституционном правосудии на развитие конституционализма в целом. Здесь представляется полезным кратко осветить некоторые теоретические подходы к восприятию использования зарубежного опыта в практике конституционных судов.

1. Прагматизм и функционализм

Фундаментальный вопрос состоит в следующем: вправе ли судья, разрешающий внутренний конституционно-правовой конфликт, интерпретируя национальную конституцию, опираться на доводы, высказываемые судьями других судов по поводу “чужих” конституционных текстов в несравнимых политико-правовых и культурно-исторических условиях. Ответ зависит от того,

какой теоретической модели интерпретации конституции придерживается большинство судей (либо судья – автор решения). Сторонники оригинализма⁶¹, теории мажоритаризма⁶² и теории судебной сдержанности⁶³ не видят необходимости и потенциала в заимствовании готовых решений или аргументов извне и предлагают преодолевать конституционные коллизии, ориентируясь исключительно на внутригосударственные правовые источники⁶⁴. В свою очередь, представители *прагматичного подхода* к толкованию конституции не видят преград для использования в этом процессе преимуществ сравнительного метода⁶⁵. В представлении прагматиков изучение практики других государств ведет к тому, что национальный суд перенимает положительный опыт, вписывающийся в национальный конституционный контекст, и сознательно отвергает решения, приведшие в других странах к нежелательным последствиям. Как отмечает самый яркий сторонник прагматичного подхода в Верховном суде США судья С. Брейер, конституционным судам свойственно обмениваться опытом, поскольку все они сталкиваются с одинаковыми проблемами и вооружены аналогичными правовыми инструментами для их решения⁶⁶.

Прагматичный подход имеет много общих черт с *теорией функционализма*, в рамках которой считается, что решение конституционно-правовой проблемы должно быть нацелено на устранение самой сути противоречия и быть абстрагировано от географического контекста⁶⁷. С точки зрения функционального подхода суды осознают

⁶¹ Согласно оригиналистской теории толкования конституции задачей судьи является выявление того смысла конституционных положений, который вкладывали в них отцы-основатели. Другими словами, этой теории в большей степени соответствует консервативный исторический метод толкования конституции.

⁶² За теорией мажоритаризма (*majoritarianism*) стоит идея доверия парламенту, выражающему волю народа, обуславливающая скептическое отношение к воспроизведению национальным судом в решениях, проверяющих конституционность актов парламента, правовых идей и конструкций из других юрисдикций.

⁶³ Теория судебной сдержанности (*judicialrestraint*) призывает суд доверять законодателю как органу, представляющему народ, и в целом ориентироваться на его видение конституции, за исключением случаев, когда законодательное решение посягает на фундаментальные права и свободы граждан.

⁶⁴ См. *Alford R.P.* Op. cit. P. 644, 645.

⁶⁵ См.: *ibid.* P. 692.

⁶⁶ См.: *Breyer S.* Reflexions Relatives Au Principe De Fraternite. Speech to the 30th Congress of the Association of French-Speaking Constitutional Courts (June 20, 2003) // http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeech/sp_06-20-03

⁶⁷ См.: *McCrudden C.* Op. cit. P. 374, 375, 391.

единство функций конституционно-правовых институтов, имеющих в разных странах различное текстуальное оформление, и поэтому могут заимствовать друг у друга решения, обеспечивающие эффективную реализацию национальными конституционными положениями этих основополагающих функций⁶⁸.

Таким образом, теории конституционной интерпретации различаются между собой отношением к методологии преодоления конституционных коллизий. Наиболее перспективными для внедрения в конституционное правосудие сравнительного метода являются прагматичный и функциональный подходы.

2. Универсализм и плюрализм

Отношение национального органа конституционного контроля к релевантности для него зарубежного опыта также зависит от того, каким он видит вектор дальнейшего развития мирового конституционализма. В этом аспекте между собой конкурируют две теории конституционной интерпретации: *универсализм* и *плюрализм*⁶⁹.

Универсализм утверждает, что национальная правовая система может обогатиться посредством заимствования “лучших практик” из других правовых порядков⁷⁰. Обращение судей к зарубежному опыту – одно из проявлений широкомасштабного феномена *универсализации и глобализации* практик современного конституционализма⁷¹. Задачей суда при изучении зарубежного опыта является поиск универсального (либо наиболее распространенного) в мировой практике подхода к решению конкретной правовой проблемы и имплементация этого подхода во внутреннее конституционное законодательство. В рамках теории универсализма развивается “положительный” компаративизм, о котором подробнее сказано выше.

Сторонники плюралистического подхода, который, с нашей точки зрения, не противоречит теории глобального конституционализма, а скорее усложняет и дополняет ее, полагают, что срав-

нительный метод позволяет понять особенности национальной правовой системы, осмыслить ее глубинные ценности и прийти к оптимальному решению проблемы через методы *сопоставления, противопоставления или активного диалога* с зарубежными коллегами. Здесь возможны три варианта обозначения национальным судом своей убежденности в ценности конституционного многообразия:

1) отказ от использования сравнительного метода, как такового;

2) обращение к зарубежному опыту для формирования четкого понимания особенностей национального конституционного контекста и обоснования неприменимости к нему подходов, предлагаемых зарубежными правовыми порядками (“отрицательный” компаративизм);

3) заимствование специфического опыта отдельной страны или группы стран, демонстрирующих историческую, географическую, культурно-языковую и т.п. близость с государством-“реципиентом” (“положительный” компаративизм).

Таким образом, универсализм и плюрализм по-разному преподносят преимущества обращения к зарубежному опыту: универсализм видит в нем путь к единообразию, а плюрализм – к многообразию конституционных практик. При этом ни та, ни другая теория не отвергают сравнительный метод, как таковой, но отводят ему неодинаковую роль в развитии конституционализма.

Проведенный нами анализ предпосылок и целей цитирования, а также восприятия сравнительного метода через призму теорий интерпретации чрезвычайно важен для осмысления случаев обращения Конституционного Суда РФ к зарубежному опыту. Эти случаи в последнее время складываются в определенную, анализируемую ниже тенденцию.

IV. Конституционный Суд РФ и зарубежный опыт: точки соприкосновения или плацдарм для новых завоеваний

Конституционный Суд РФ никак нельзя отнести к числу судов, которые *явным образом* на регулярной основе обращаются к зарубежному опыту. Следует подчеркнуть, что речь идет именно о прямых отсылках, сделанных в самих решениях Суда (которые, собственно, и могут быть легко обнаружены и учтены). Входящее в состав Секретариата Управление международных связей и обобщения практики конституционного контроля осуществляет информационно-аналитическое обеспечение судопроиз-

⁶⁸ См.: Tashnet M. Possibilities of Comparative Constitutional The Law // The Yale Law Journal. 1999. Vol. 108. No. 6. P. 1228; Saunders C. Towards a Global Constitutional Gene Pool // University of Melbourne Legal Research Paper. 2009. No 454. Доступно на: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1554158

⁶⁹ См.: McCrudden C. Op. cit. P. 374.

⁷⁰ См.: Hirschl R. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law // American Journal of Comparative Law. 2005. Vol. 53. No. 1. P. 128.

⁷¹ См.: Choudhry S. Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation // Indiana Law Journal. 1999. Vol. 74. Issue 3. P. 821.

водства в Конституционном Суде по вопросам, в том числе зарубежного права и зарубежной судебной практики конституционного контроля⁷². Очевидно, аккумулируемая информация может учитываться судьями в ходе принятия решений. Однако точно учесть масштабы ее влияния в отсутствие явных указаний в письменных документах, принимаемых Судом, крайне затруднительно⁷³.

Подобная практика вполне укладывается в представления о том, что орган конституционного контроля (особенно функционирующий в рамках континентальной модели) вынужден осторожно подходить к возможностям использования для обоснования своих решений источников, не имеющих для него обязательной юридической силы. Кроме того, как отмечается в научной литературе, значение имеет и представление о российской правовой системе как самодостаточной – по этой причине Конституционный Суд РФ также может воздерживаться от детального представления в решениях зарубежного опыта, в том числе в случаях, когда отечественные нормы имеют иностранные корни⁷⁴.

1. Общие тенденции

Тем не менее в некоторых решениях Суда все же можно обнаружить и явные ссылки на зарубежный опыт. На основе этих решений можно выделить определенные специфические черты открытого обращения Конституционного Суда к иностранным правовым системам.

А. Круг проблем, при рассмотрении которых происходит обращение к зарубежному опыту

Использование иностранного права никогда не привязывалось Судом исключительно к вопросам, затрагивающим права человека и гражданина, хотя в ряде случаев речь шла именно о них. Например, в одном из дел, в котором иностранный опыт был упомянут, обсуждалось досрочное прекращение депутатского мандата и, соответственно, не только право граждан на участие в управлении делами го-

сударства на основе принципа равенства (ст. 19, 32), но и конституционный статус Федерального Собрания, полномочия Государственной Думы, принцип народовластия и некоторые другие идеи (ст. 3, 10, 94, 97, 103 Конституции РФ), предопределяющие решение институциональных вопросов⁷⁵.

Б. Способ указания на зарубежный опыт и поиск решения/аргументов

Обращает на себя внимание такой способ указания на иностранный опыт, как перечисление большого количества государств или даже указание на неопределенный их круг (“зарубежные страны”, “некоторые страны”, “ряд стран” и т.д.). Как правило, при этом звучит идея, что иностранные государства сталкиваются с необходимостью решения той же проблемы, которая находится на рассмотрении Суда. В итоге Судом может быть выделен конкретный подход к решению проблемы (пригодный или не пригодный с точки зрения российских условий), но может и быть озвучена мысль об отсутствии общего подхода, в результате чего смысл обращения к опыту перечисленных государств до некоторой степени теряется.

Конкретное решение было озвучено, например, в Постановлении от 17 ноября 1998 г. № 26-П. В нем был рассмотрен процентный барьер, предусмотренный также “в законодательстве ряда стран со смешанной избирательной системой”. В своем решении Суд отметил, что “в странах с устойчивой многопартийной системой пятипроцентный барьер является средним показателем, позволяющим без искажения принципа пропорциональности выполнять те задачи, ради осуществления которых он вводится в пропорциональной и смешанной избирательных системах, и потому не рассматривается как чрезмерный”. Подчеркнув, что в России “с ее еще только складывающейся и неустойчивой многопартийной системой пятипроцентный барьер в зависимости от различных условий может выступать и как допустимый, и как чрезмерный”, Суд проанализировал данные ЦИК России по уже состоявшимся выборам и признал 5%-ный барьер не нарушающим российскую Конституцию при условии, что законодатель предусмотрит механизм, обеспечивающий участие в распределении мандатов не менее чем двум избирательным объединениям, которые при этом в совокупности получают более 50% голосов избирателей, принявших участие в голосовании. Похожим образом в Постановлении от 22 апреля 2013 г. № 8-П Суд указал: “Признание за гражданами права на обжалование в суд итогов голосования, результатов выборов хотя и не явля-

⁷² Информацию о структурных подразделениях Секретариата и их задачах см. на официальном сайте Конституционного Суда РФ // <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Secretariat/Pages/default.aspx>

⁷³ Поскольку соответствующие обзоры, подготовленные Управлением, чаще всего не становятся достоянием широкой публики, оказываются крайне затруднены даже опосредованные оценки того, чей именно опыт исследовался и/или был воспринят либо отринут, по какой причине применительно к той или иной проблеме, стоящей перед российским Судом.

⁷⁴ См.: *Belov S. Russia: Foreign Transplants in the Russian Constitution and Invisible Foreign Precedents in Decisions of the Russian Constitutional Court // The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges. С. 363, 364.*

⁷⁵ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 декабря 2012 г. № 34-П.

ется общепризнанным, имеет относительно широкое распространение, в том числе в государствах с пропорциональной избирательной системой, таких как Венгрия, Германия, Италия, Казахстан, Молдова, Польша, Португалия, Сербия, Словакия, Таджикистан, Украина, Финляндия, Хорватия, Чехия, Швейцария, Эстония”. И хотя далее Суд отметил, что “нормативное содержание и порядок реализации данного права в указанных странах имеют свои особенности, в основе которых лежит различный подход к установлению баланса частных и публичных интересов”, налицо обнаружение правового решения обсуждавшейся проблемы, причем именно такого решения, к которому Суд уже и сам склонился на основе анализа положений российской Конституции.

Другим примером обнаружения конкретного подхода является одно из дел о требованиях к политическим партиям, в котором Суд пришел к выводу о том, что «принцип светского государства в понимании, сложившемся в странах с моноконфессиональным и мононациональным устройством общества и с развитыми традициями религиозной терпимости — и плюрализма (что позволяло, в частности, допустить в некоторых странах политические партии, основанные на идеологии христианской демократии, поскольку понятие “христианский” в данном случае далеко выходит за конфессиональные рамки и обозначает принадлежность к европейской системе ценностей и культуре), не может быть автоматически применен к Российской Федерации», где такое понятие, как “христианский” ассоциируется именно с конфессией⁷⁶. В данном случае обращение к зарубежному опыту было необходимо, поскольку обсуждалась проблема ограничения, установленного в России для защиты определенных конституционных ценностей, и требовалось объяснить, в чем отличие российской ситуации от ситуации в тех странах, где такого ограничения нет, а конкурирующие конституционные ценности при этом не страдают; речь шла о вполне конкретных подходах к проблеме, хотя и использованных в “отрицательном смысле”, т.е. в том смысле, что к России они не применимы.

Напротив, в уже упомянутом выше деле о депутатском мандате Суд установил, что “правовой институт прекращения парламентского мандата вследствие нарушения депутатом запрета заниматься определенными видами оплачиваемой деятельности, не являясь универсальным, тем не менее имеет относительно широкое распространение и принят в ряде государств, например в Австрии (до

2013 года), Азербайджане, Армении, Белоруссии, Бразилии, Венгрии, Греции, Грузии, Испании, Италии, Казахстане, Киргизии, Латвии, Литве, Мальте, Молдове, Польше, Португалии, Турции, Украине, Франции, Швейцарии. Вместе с тем правовое регулирование данного института в указанных странах также различается, в связи с чем — при отсутствии соответствующего международно-правового регулирования — не представляется возможным определить какие-либо общие международные или международные региональные (в частности, европейские) стандарты в применении данного правового института”. Судя по многим другим решениям Суда, особенно тем из них, в которых обсуждались институциональные вопросы, едва ли можно сказать, что он всегда ставит себе задачу устанавливать наличие или отсутствие неких общих стандартов по обсуждаемой проблеме, прежде чем переходить собственно к ее решению применительно к Российской Федерации. В данном деле Суд только подчеркнул существующие “в конституционном праве современных правовых государств” различия, по-видимому, способные быть обоснованием тому, что в России также могут существовать свои правила. Однако эту идею вряд ли кто-то мог бы оспорить и без обращения к опыту иностранных государств; соответственно, вклад “сравнительного подхода” в итоговое решение выглядит сомнительным.

В. Выбор объектов для сравнения

В вышеприведенных случаях обширного перечисления зарубежных стран или упоминания неопределенного их круга, или даже в случае указания одной конкретной страны, как правило, сохраняется проблема недостатка разъяснения вопроса о критериях сопоставимости правового регулирования тех или иных вопросов в разных правовых системах⁷⁷. В итоге неясными остаются причины отбора тех или иных государств для обращения к их правовому опыту. Более того, сама манера обращения к нему оставляет открытым вопрос о том, насколько глубокое контекстуальное “погружение” нужно при этом осуществлять. Так, в деле об участии в работе территориальных избирательных комиссий лиц, имеющих вид на жительство на территории иностранного государства, Конституционный Суд привел

⁷⁶ См.: Постановление Конституционного Суда от 15 декабря 2004 г. № 18-П.

⁷⁷ Данное соображение прозвучало в Особом мнении судьи А.Л. Кононова к Постановлению от 31 мая 2005 г. № 6-П (по делу об обязательном страховании гражданской ответственности автовладельцев). Большинство закрепление соответствующей обязанности было признано не противоречащим Конституции, при этом в мотивировочной части упомянут опыт “правового социального государства с рыночной экономикой”. В Особом мнении аргумент, апеллирующий к “странам с рыночной экономикой”, был обозначен как некорректный.

в качестве примера регулирования соответствующего института Закон Литовской Республики (норма о предоставлении иностранцам режима постоянного проживания на неопределенный срок) и Директиву Европейского Союза (отдельные правила утраты вида на жительство)⁷⁸. Можно предположить, что в данном случае Суд стремился представить более детальное понимание самого института вида на жительство, но по какому принципу были отображены именно эти примеры, в решении не уточнялось.

Суммируя, можно сказать, что в целом в практике Конституционного Суда РФ можно увидеть обращение к опыту иностранных государств в русле прагматичного подхода. Конкретные формулировки мотивировочных частей постановлений свидетельствуют о том, что иностранный опыт приводится скорее в ряду дополнительных аргументов для обоснования решения, причем использование такого опыта возможно как в положительном, так и в отрицательном смысле (восприятие или отказ ему следовать соответственно). Особенно заметно, что российский Конституционный Суд неоднократно делал упор на идеях, свойственных плюралистическому пониманию функционирования правовых систем, что, как отмечалось выше, совсем не исключает возможность согласия с чужим правовым решением, но требует внимательного отношения к обоснованию этого согласия (следует добавить, что Суд отнюдь не пренебрегал этим). Одновременно практика Суда показывает сохранение для него той же проблемы, с которой сталкиваются и многие другие суды, не отказывающиеся принципиально от сравнительного метода в своей работе, а именно: проблемы обоснования выбора объектов для сравнения и демонстрации достаточности погружения в иностранную систему для того, чтобы итоговые выводы могли считаться корректными или выглядеть убедительно.

2. Постановление от 14 июля 2015 г. № 21-П

Рассматривая постановления Конституционного Суда РФ, нужно заметить, что до июля 2015 г. судьи напрямую цитировали решения иностранных органов конституционного контроля только в особых мнениях⁷⁹. Отсюда становится ясно, что июльское

Постановление Конституционного Суда РФ — не первый случай обращения к *иностранным судебным актам*, но первый случай, когда это обращение отражено в *постановлении большинства*. Изложенные в этом Постановлении позиции четырех иностранных судов с очевидностью были призваны служить поддержкой основного вывода российского Конституционного Суда⁸⁰.

Специфика представленных в п. 4 мотивировочной части названного Постановления отсылок к зарубежному опыту выражается в следующем. Во-первых, Суд впервые подробно цитирует *конкретные решения* зарубежных коллег: Федерального конституционного суда Германии, конституционных судов Итальянской и Австрийской республик и Верховного суда Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии. Во-вторых, Суд обращается к актам зарубежных органов конституционного контроля, решая *институциональную*, напрямую связанную с внутрисударственной иерархией правовых ценностей проблему преодоления коллизий между национальной конституцией и Конвенцией о защите прав человека и основных свобод в толковании, представленном Европейским Судом по правам человека. В-третьих, несмотря на достаточно подробное цитирование зарубежных судебных решений, для Конституционного Суда РФ ключевое значение имеют не итоговые решения соответствующих судов⁸¹, и даже не содержание аргументов судов, как таковое⁸², а сам факт су-

увидеть более четкое выделение различных *моделей* регулирования (см., например: особое мнение судьи Бондаря к постановлению от 14 мая 2012 г. № 11-П и от 23 января 2007 г. № 1-П; Особое мнение судьи Казанцева к Постановлению от 2 июля 2013 г. № 16-П), и даже к доктринальным позициям (см., например: Особое мнение судьи Гаджиева к Постановлению от 24 марта 2015 г. № 5-П).

⁸⁰ Подчеркнем, что в рамках данной работы Постановление исследуется именно с точки зрения особенностей обращения к иностранным судебным решениям. Авторами не ставится задача анализа и оценки именно итогового решения Суда. Об этом см., например: *Бланкенгель А., Левин И.* В принципе нельзя, но можно!.. Конституционной Суд России и дело об обязательности решений Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 5.

⁸¹ В частности, в итоговом выводе германского Федерального конституционного суда было признано, что оспаривавшееся судебное решение, вынесенное без надлежащего учета решения Европейского Суда по правам человека, должно быть отменено, а дело подлежит новому рассмотрению; в Постановлении Конституционного Суда РФ этому внимания не уделено (см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 октября 2004 г. по делу 2 BvR 1481/04 // http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/ts20041014_2bvr148104en.html).

⁸² Например, аргументы британского Верховного суда с необходимостью имеют свои особенности с учетом отсутствия писаной конституции в этом государстве.

⁷⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 22 июня 2010 г. № 14-П.

⁷⁹ См., например: Особое мнение судьи Казанцева к Постановлению от 16 мая 2007 г. № 6-П; особое мнение судьи Кононова к постановлениям от 25 апреля 2001 г. № 6-П и от 30 октября 2003 г. № 15-П; Особое мнение судьи Гаджиева к Постановлению от 2 декабря 2013 г. № 26-П и др. Добавим, что в особых мнениях судьи используют отсылки и к иностранному законодательству, причем здесь можно

существования за рубежом богатой практики, свидетельствующей в пользу невозможности применения норм Конвенции *в истолковании Европейского Суда по правам человека, противоречащем национальной конституции*. И наконец, *выбор стран* для цитирования весьма оригинален и включает в себя короткую подборку юрисдикций, как имеющих общие черты с российской конституционной системой (ФРГ), так и крайне далеких и, казалось бы, несопоставимых по ряду параметров, а потому непригодных для заимствования (Соединенное Королевство).

Указанные особенности усложняют и запутывают ответ на вопрос о целях и значении использования сравнительного метода в данном конкретном деле и в российском конституционном правосудии в целом. В первом приближении создается впечатление, что целью заимствования зарубежного опыта в Постановлении от 14 июля 2015 г. № 21-П является сбор аргументов, подтверждающих правильность вывода российского Конституционного Суда. Однако может возникнуть сомнение в том, что по этой причине Конституционный Суд решил бы на изменение свойственного ему консервативного стиля изложения решений.

Такому сомнению есть два объяснения. Во-первых, как указывалось выше, “положительный” компаративизм часто, по сути, ничего не добавляет к решению, а лишь пытается восполнить его недостаточно обширную доказательственную базу. Нельзя сказать, однако, что в данном деле Конституционному Суду РФ не хватало аргументов для мотивировки. Арсенал доводов, приведенных в обоснование итогового решения (помимо сравнительно-правовых аргументов), весьма богат: это и системное толкование конституционных норм (п. 2 мотивировочной части), и толкование положений международных договоров, в частности Венской конвенции о праве международных договоров (п. 3 мотивировочной части), и подробный анализ правовых позиций Конституционного Суда РФ по соприкасающимся вопросам (п. 5 мотивировочной части). Доводы зарубежных коллег с некоторыми вариациями повторяют логику, на которой построено Постановление, а потому, несмотря на достаточно подробное изложение, а не просто перечисление, содержательно мало обогащают позицию российского Суда. К тому же Конституционный Суд мог черпать вдохновение в зарубежной судебной практике и без прямых отсылок к конкретным делам, что помогло избежать бы не свойственного для российских решений прямого цитирования.

Во-вторых, Конституционный Суд РФ много раз доказывал и еще раз подтвердил в рассматриваемом Постановлении № 21-П, что он настаивает на

недопустимости посягательства на основы конституционного строя России, а также на особой роли Конституционного Суда РФ как проводника ценностей, выводимых из буквы и духа российской Конституции (п. 2, 5 мотивировочной части). Тезис о том, что “Конституционный Суд хочет присвоить себе функцию сторожа моста, через который европейские правовые идеи и принципы могут проникнуть в российскую правовую систему”⁸³ и связанные с этим перспективы соблюдения международно-правовых обязательств, заслуживает отдельного обсуждения. В контексте же проблемы использования Судом зарубежного опыта следует подчеркнуть, что акцент на необходимости защиты *конституционной идентичности* и на роли самого Суда в этой защите, как минимум, ставит под вопрос уместность цитирования аргументов иностранных судов, сформулированных в иных конституционно-правовых условиях.

Отсюда представляется вполне вероятным, что цели обращения к зарубежному опыту в Постановлении от 14 июля 2015 г. № 21-П связаны не только и не столько с поиском *содержательных* аргументов, сколько с цитированием по *стратегическим* соображениям. Конституционному Суду было важно назвать страны, которые открыто выразили возможность несогласия с некоторыми позициями ЕСПЧ, и представить собственное Постановление как одно из ряда решений европейских государств, не приветствующих излишний активизм Европейского Суда. Конституционный Суд РФ подчеркивает, что “*вслед за коллегами из Австрии, Великобритании, Германии и Италии*” он вносит свой вклад “в формирование сбалансированной практики Европейского Суда по правам человека” (п. 6 мотивировочной части).

Это соображение делает более понятным смысл обращения Конституционного Суда к решениям иностранных коллег в данном деле. Ирония заключается в том, что Суд использовал ссылку на опыт отдельных европейских государств в рамках дела, в котором стремился подчеркнуть особенности российского конституционного правопорядка. Однако приведение позиций других судов в качестве стратегического цитирования в данном случае было вполне уместно. Если бы Суд не сослался на решения других стран, пошедших по пути отстаивания своей конституционной идентичности, Постановление могло быть воспринято как угрожающий снижением уровня защиты фундаментальных прав и свобод односторонний отказ государства следовать обще-

⁸³ Бланкенагель А., Левин И. Указ. соч. С. 157.

европейским стандартам в этой области⁸⁴. Показав, что придает значение конституционной практике Германии, Великобритании, Италии и Австрии, российский Конституционный Суд перевел спор в другую плоскость: если в самой Европе продолжается поиск консенсуса о должной роли Европейского Суда по правам человека (и Суд привел конкретные обстоятельства, призванные подтвердить это), то Россия имеет право занять сторону сильных игроков, не желающих поступаться своими конституционными ценностями, и тем самым способствовать “дальнейшей гармонизации европейского правового пространства в этой области”.

Если эти предположения верны и Конституционный Суд РФ обратился к практике зарубежных органов конституционного контроля, поскольку этого требовали специфические обстоятельства конкретного спора, то весьма преждевременно говорить о зарождении особой тенденции использования сравнительного метода в российском конституционном правосудии. Более того, на данный момент конституционная основа либо доктринальная база для широкого внедрения открытого заимствования зарубежных решений при рассмотрении конституционных коллизий отсутствуют. И все же благодаря ряду постановлений, в особенности Постановлению от 14 июля 2015 г. № 21-П, этот путь для Конституционного Суда РФ открыт, и не исключено, что воспроизведение иностранного опыта будет воспринято как *самостоятельный* аргумент, обосновывающий итоговый или промежуточный вывод в решении.

Заключение. Анализ практики обращения органов конституционного контроля различных государств к зарубежному опыту показал, что, несмотря на заслуживающие внимания доводы против прямого цитирования, суды склонны активно прибегать к заимствованиям как с целью обогащения собственного арсенала аргументов и подходов к решению конституционно-правовых проблем, так и ради создания определенной репутации органа

внутри страны и на международной арене. В целом на отношение конституционных судов к использованию иностранного опыта влияют такие факторы, как категория рассматриваемого спора (вопросы, касающиеся прав и свобод, либо институциональные проблемы); формулировки конституционных норм; принадлежность государства к англосаксонской либо континентальной правовой семье; “возраст” и стадия развития демократии; наличие исторических / культурных / языковых связей с некоторыми государствами и др., однако ни один из факторов не является предопределяющим. Скорее можно говорить о сложившихся традициях и намечающихся тенденциях, в рамках которых судьи принимают решения об использовании сравнительного метода в каждом конкретном деле.

Конституционный Суд РФ в последние годы демонстрирует открытость к практике явных ссылок на зарубежный опыт. Следует подчеркнуть стремление Суда воспринимать собственные решения как часть мировой конституционно-правовой мысли и вести активный диалог с иностранными коллегами, признавая достоинства зарубежных подходов и объясняя различия в системах конституционных ценностей, не позволяющие заимствовать готовые решения. Вместе с тем Постановление от 14 июля 2015 г. № 21-П указывает на то, что Конституционный Суд готов прибегать к цитированию иностранных источников в том числе для решения “стратегических” задач, что повышает вероятность манипулирования сравнительно-правовыми аргументами. Ситуация усугубляется тем, что в своих решениях Конституционный Суд не объясняет, какую роль он отводит сравнительным аргументам и по каким критериям отбирает страны / суды и аргументы для цитирования, а значит, возникает пространство если не для злоупотреблений, то, как минимум, для различного прочтения.

Для того чтобы сравнительный конституционализм действительно обогащал национальную конституционно-судебную практику, Суду следует с вниманием относиться к возражениям, высказываемым против заимствования зарубежного опыта, и избегать некорректного, необоснованного и неуместного цитирования. А. Барак справедливо отмечал, что при правильном использовании “сравнительное правоведение подобно опытному другу” — оно помогает разглядеть внутренний потенциал и предупреждает о возможных успехах и неудачах⁸⁵. Оно позволяет судам общаться между собой через тексты решений и служит источником вдохновения конституционно-правовой мысли.

⁸⁴ Не случайно в более поздних выступлениях Председателя Конституционного Суда РФ неоднократно подчеркивалось, что об этом речи в Постановлении не шло (см., например: Зорькин В.Д. Проблемы реализации Конвенции о правах человека // <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=72>). Действительно, существует очень четкая грань между отказом выполнять решения Европейского Суда по правам человека и подчеркиванием принципа субсидиарности в его деятельности; в Постановлении подчеркнута цель не самоизоляции от решений ЕСПЧ, а поиска правомерного компромисса. Опять же, перспективы этого компромисса, в том числе в контексте принятия поправок к Федеральному конституционному закону “О Конституционном Суде Российской Федерации”, подлежат отдельному обсуждению.

⁸⁵ См.: Barak A. Op. cit. P. 198.