

§ 3. Оценка обоснованности и необходимости (соразмерности)...

ми словами, в ходе аргументации возможна конверсия стратегических соображений в принципиальные и наоборот, что, видимо, предполагает возможность и необходимость их уравнивания.

§ 3. Оценка обоснованности и необходимости (соразмерности) ограничений прав в практике Конституционного Суда РФ

1. Конституция Российской Федерации наделяет высший судебный орган конституционного контроля полномочием рассматривать жалобы на нарушение конституционных прав и свобод граждан (часть 4 статьи 125), перечисление которых в Основном законе не означает отрицания или ущемления других общепризнанных прав и свобод (часть 1 статьи 55). В свою очередь, Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» требует от заявителя жалобы обосновать свою позицию со ссылкой на соответствующие нормы Конституции (пункт 8 части 2 статьи 37) и предписывает Суду отказать в принятии ее к рассмотрению, если признаки нарушения конституционных прав и свобод отсутствуют (пункт 2 части 1 статьи 43 и пункт 1 статьи 97). Из изложенного с очевидностью следует, что в конституционном правосудии могут получить защиту не любые правопритязания — они могут быть основаны и на международном договоре, текущем (отраслевом) федеральном или региональном законодательстве, подзаконном акте, обычае или обещании — а лишь те, которые государство обязуется защищать в качестве основополагающих прав личности¹.

¹ Здесь и далее автор в целях удобства использует термины «основные», «основополагающие», «фундаментальные», «базовые», «конститу-

В связи с этим каждый раз требуется установить предметную, субъектную, пространственную и временную границы сферы действия (объема) того или другого основного права прежде, чем приступать к оценке правомерности ограничения такого права; последнее, в свою очередь, может иметь вид как избыточного вмешательства государства в осуществление этого права, так и неисполнения государством вытекающих из него позитивных обязательств¹. На необходимость размежевания пределов (границ) конституционного права и его ограничений часто указывается в зарубежной, а также сравнительно-правовой литературе. И, напротив, отечественные правовые исследования (за редкими исключениями) долгие годы сосредоточены на проблеме ограничений прав, вовсе упуская из виду логически и хронологически предшествующий ей вопрос о естественных пределах таковых². Между тем, рассуждая об одном из параметров действия основных прав (субъектном), Конституционный Суд РФ исходит из того, что «то или иное конституционное право человека и гражданина [в частности, на обращение] может распространяться на юридические лица в той степени, в какой это право по своей природе может быть к ним

ционные» права и свободы в качестве взаимозаменяемых, если из контекста не явствует иное.

¹ Последний термин прочно укоренился в практике Европейского Суда по правам человека и достаточно точно передает суть явления: государство не только должно воздерживаться от вмешательства в основные права, но и «вводить законодательную и административные нормы», в том числе для предупреждения «преступных действий третьей стороны», при условии, что это «не налагает на власти невозможной или непропорциональной нагрузки» (Постановление ЕСПЧ от 07.01.2010 по делу «Ранцев против Кипра и России» и др.).

² См. в качестве одного из таких примеров: *Лазарев В. В.* Ограничение прав и свобод как теоретическая и практическая проблема // Журнал российского права. 2009. № 9.

применимо».¹ Такой подход явным образом перекликается с немецкой конституционно-правовой догматикой: например, «право свободно заниматься профессиональной деятельностью также применяется к юридическим лицам, если они осуществляют коммерческую деятельность, которую, исходя из ее природы и вида, могут вести как физические, так и юридические лица».²

Так, в учебнике государственного права Германии отмечается: «Разграничению государственной сферы и области индивидуального использования основных прав служат зафиксированные Конституцией пределы и установленные законодателем (в соответствии с конституционно-правовыми полномочиями) ограничения основных прав»³. Американский ученый С. Гардбаум наглядно иллюстрирует ту же идею: «Внутренние пределы права касаются определения сферы действия конституционного права и являются первым этапом процесса, на котором устанавливается, затрагивается ли это право в конкретной ситуации. Например, включает ли конституционное право на свободу, автономию и свободное развитие возможность прибегнуть к аборту?»; в отличие от этого «внешние границы, напротив, есть конституционно допустимые ограничения прав... Если свобода выражения мнений толкуется как включающая „язык вражды“, то когда государство может — и может ли — ограничивать или преодолевать это право для защиты пострадавших?»⁴

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 18.07.2012 № 19-П.

² 2 BvR 206/14.

³ Государственное право Германии: сокращенный перевод немецкого семитомного издания. Т. 2. С. 186.

⁴ Comparative Constitutional Law. P. 388.

Поскольку язык российской Конституции (как и большинства международных и национальных актов о правах человека) лаконичен, а основные права сформулированы в ней, выражаясь словами Р. Алекси, скорее в виде принципов, нежели правил, то и толкование сферы действия конституционного права может быть более узким или более широким, более консервативным или скорее прогрессивным, традиционным или эволютивным¹. Конечно, некоторые конституционные нормы сформулированы именно как правила поведения или, иначе, нормы прямого действия (например, часть 2 статьи 22: до судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов); тем не менее практика показывает, что и такие нормы отнюдь не исключают необходимости прибегнуть к их толкованию (например, что есть «задержание»?; относится ли к таковому принудительная госпитализация душевнобольного в психиатрический стационар или помещение несовершеннолетнего правонарушителя в специальный центр?).

Итак, первый подход из числа обозначенных нами ближе проф. М. А. Краснову, который пишет: «...все основные права имеют изначальные границы. В позитивно-правовом смысле такие границы описываются конституцией соответствующего государства»; следовательно, «...недостаточно ясное понимание естественных пределов прав, т. е. их смысла и содержания ведет либо к появлению (порой офици-

¹ Согласимся с тем, что «эволютивное толкование имеет свои пределы. Оно может идти *praeter legem*, но не может противоречить букве Конвенции. Оно не может осуществляться *contra legem*. Кроме того, оно должно соответствовать объекту и целям договора и должно отражать требования сегодняшнего дня, а не требования, которые могут иметь место в будущем» (Сицилианос Л.-А. 70 лет Европейской конвенции по правам человека: важные даты и значительные достижения // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2021. № 3).

альному признанию) „странных прав“, дискредитирующих саму идею прав человека, либо к неоправданному расширению их содержания»¹. Противоположный подход занимает А. А. Троицкая: «Идея установленных уже самой конституцией пределов прав, будучи внешне обоснованной, требует крайне осторожного отношения. Можно предположить, что конституционные пределы права могут быть установлены исходя из толкования самого права... т. е. соображений, способных пролить свет на содержание права как круг правомочий, защищаемых этим правом, однако, если в рамках такого толкования обсуждаются иные (конкурирующие) ценности, желательно было бы иметь больше уверенности в том, что возможность, выносимая за пределы права, действительно не имеет перевеса ни при каких обстоятельствах; в противном случае не следует уклоняться от применения в явном виде принципа пропорциональности»².

Пожалуй, нельзя утверждать однозначно, что российский Конституционный Суд явным образом придерживается той или иной парадигмы понимания основных прав и их

¹ Краснов М. А. Ограничение прав человека или поиск их естественных пределов? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 2. С. 106—107. Ср.: «Если такого права, как право на защиту религиозных чувств, не существует, то сразу же становится бессмысленно говорить о взвешивании, так как нам не с чем сопоставлять свободу слова» (Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2 [81]. С. 55).

² Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2. С. 49—50. Ср.: «...подход теста на пропорциональность является менее произвольным, нежели бинарный ответ «да/нет» на всю сложность судебной защиты прав. Он создает гибкость... и уменьшает вероятность того, что судьи загонят сами себя в доктринальный тупик» (Mathews J., Stone Sweet A. *Op. cit.* P. 869).

естественных пределов. Тем не менее, как справедливо отметил проф. А. Н. Кокотов, «в принципе любой разрешаемый на нормативно-правовом уровне вопрос может быть оценен как конкретизирующий те или иные конституционные положения, а значит, получивший в [Конституции] разрешение, пусть и не всегда прямое»¹. Видимо, руководствуясь этой исходной установкой, Конституционный Суд весьма редко основывает свои решения на том, что право, на которое притязает заявитель, либо противостоящий ему законный интерес не пользуются конституционной защитой. Впрочем, он все же прямо указывал, что не получили закрепления на конституционном уровне:

- право на приватизацию государственного и муниципального имущества²;
- право на предоставление земельного участка с водным объектом в пользование на бесплатной внеконкурсной основе³;
- право на получение материнского (семейного) капитала⁴;
- право на назначение страховой пенсии по старости по достижении какого-либо конкретного возраста⁵;

¹ Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Г. А. Гаджиева. М.: Норма, Инфра-М, 2012. Данное замечание касалось ранее действовавшей редакции статьи 68 ФКЗ о КС РФ, которая гласила, что Суд прекращает производство по делу, если обнаружит, что поставленный вопрос «не получил разрешения в Конституции Российской Федерации или по своему характеру и значению не относится к числу конституционных».

² Определение Конституционного Суда РФ от 18.04.2006 № 119-О и др.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 30.11.2021 № 2642-О.

⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 03.03.2015 № 431-О и др.

⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 02.04.2019 № 854-О.

§ 3. Оценка обоснованности и необходимости (соразмерности)...

- право на доплату к пенсии, назначаемой государственным (муниципальным) служащим на общих основаниях¹;
- право на получение жилищной субсидии лицами, выезжающими из районов Крайнего Севера².

Безусловно, и в некоторых других сферах правоотношений Конституционному Суду доводилось четко очерчивать границы регулятивного воздействия основных прав³. Однако именно применительно к так называемым социальным (социально-экономическим) правам такой категориальный (*categorical, definitional*) подход наиболее распространен. Это вызвано по меньшей мере тем, что Конституция сама предоставляет законодателю большую свободу в определении того, кому, в каких случаях, в каком объеме и до какой поры положены те или иные социальные выплаты, делая явную или подразумеваемую отсылку к федеральному законодательству (часть 2 статьи 7, части 1 и 2 статьи 39, часть 7 статьи 75)⁴. Кроме того, это вызвано тем, что «под именем социальных прав сходятся разнородные явления, из которых только часть позволяет

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 11.05.2006 № 88-О и др.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 24.05.2001 № 8-П.

³ По мнению этого суда, «право обвиняемого на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей не относится к числу основных прав, неотчуждаемых и принадлежащих каждому от рождения» (Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2010 № 8-П).

⁴ Здесь будет уместным привести замечательно точное суждение А. Бланкенагеля: «Практика конституционного суда должна избегать конституционализации определенных структур обеспечения социальных прав: в фокусе конституционного правосудия должна быть не гарантирующая обеспечение социальных прав система [например, пенсионного страхования], а само обеспечение прав как конечный продукт» (Бланкенагель А. Конституционные суды, социальные права и социальное государство // КПВО. 2003. № 1. С. 13).

считать себя собственно правами человека и граждани-на... Прочее же из того, что зовут социальными правами, — это не сами права, но упования и требовательные притязания, подчас лишенные правовых оснований, неясные по объему и не обеспеченные справедливо установленной защитой, а также отправления социальной политики, в том числе намерения, цели, программы, обещания публичной власти...»¹.

Признание некоторого права не имеющим опоры в Конституции, но проистекающим из воли законодателя, не означает, однако, что последний совершенно свободен в выборе параметров его конструирования. Некоторые конституционные положения — принцип правового (формального) равенства, принцип правовой определенности (защиты доверия) — имеют значение как объективного конституционного права, обращенного к правотворческим органам, так и субъективных прав личности, на которые можно притязать в споре с законодателем. Именно об этом говорит Конституционный Суд, отмечая, что такие принципы «...распространяются не только на права, закрепленные непосредственно в Конституции Российской Федерации, но и на права, приобретаемые на основании закона»². Сказанное, безусловно, заметно обогащает предмет конституционного судебного контроля, позволяя подвергнуть ему, в принципе, любое нормативно-правовое решение, затрагивающее как конституционные, так и иные права.

¹ Арановский К. В., Князев С. Д., Хохлов Е. Б. О правах человека и социальных правах // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 489). С. 80. Другими словами, речь идет о том, что Р. Дворкин именует стратегиями в противовес принципам.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 27.03.2018 № 13-П и др.

Данный подход, имеющий не столько методологический, сколько компетенционный смысл, явно перекликается с тем, что использует в своей практике Европейский Суд по правам человека, указывая: «Запрет дискриминации, закрепленный в статье 14, выходит за рамки пользования правами и свободами, которые Конвенция и протоколы к ней требуют от государства гарантировать. Он относится также к тем дополнительным правам, которые подпадают в общую сферу действия любой статьи Конвенции и которые государство добровольно решило предоставить»¹; равным образом «всякий раз, когда государство решает урегулировать осуществление деятельности, попадающей в сферу конвенционного права, оно обязано делать это в соответствии с явными и неотъемлемыми требованиями соответствующей статьи Конвенции — например, таким образом, чтобы не создавалась чрезмерная правовая неопределенность для субъектов права»². Впрочем, первая позиция из двух названных утрачивает свою практическую значимость по мере ратификации государствами Протокола № 12 к Конвенции об общем запрете дискриминации в отношении «любого права, признанного законом» (например, права граждан избирать местные органы власти, права лиц вступать в гомосексуальные брачные отношения и др.).

Отдельный и отнюдь не праздный вопрос состоит в том, означает ли фиксация некоторой конституцион-

¹ Постановление ЕСПЧ от 19.02.2013 по делу «Х. и другие против Австрии».

² Совпадающее мнение судей Махони, Цоцория и Вехабович к Постановлению ЕСПЧ от 21.07.2015 по делу «Олиари и другие против Италии».

ной ценности, например защиты конкуренции, признание за ней качества субъективного права, подлежащего судебной защите, или только объективного конституционного принципа, задающего ориентир для законодателя. Например, в одном деле, в котором оспаривался закон, вводящий минимальный налог на прибыль организаций, Конституционный Суд Словакии отметил: «Конституционные принципы, которые должны уважаться при принятии и применении законов, не являются конституционными правами»; к таковым относится и принцип защиты и поддержки экономической конкуренции (закреплен в главе об экономике и финансах)¹. Обратный подход: Г. А. Гаджиев, настаивавший на включении в статью 8 Конституции РФ гарантии поддержки конкуренции, отмечал позднее, что данная ценность «лежит в основе конституционного строя и одновременно является составной частью права на занятие экономической деятельностью» (статья 34), которое государство обязуется защищать². Действительно, в российском конституционном обиходе многие конституционные принципы — признания идеологического многообразия (части 1 и 2 статьи 13), официального опубликования законов (часть 3 статьи 15), правового равенства (статья 19) и ряд иных — рассматриваются также как самостоятельные субъективные права, хотя и получающие дальнейшую конкретизацию в конституционном законодательстве.

Некоторые границы конституционных прав являются эксплицитными, т. е. достаточно явно нанесены на пра-

¹ Constitutional Court of Slovakia. PL.ÚS 24/2014.

² Юбилейные заметки: интервью с Г. А. Гаджиевым // Конкуренция и право. 2013. № 6.

вовую карту самим конституционным законодателем. Ярчайший пример — это положение статьи 31 Конституции РФ о том, что граждане Российской Федерации имеют право собираться «мирно, без оружия». Вне зависимости от наличия аналогичной нормы в федеральном законе¹, последняя оговорка является именно естественным пределом, а не ограничением права каждого на публичные собрания. В иных случаях пределы конституционного права являются имплицитными (подразумеваемыми) и могут быть выявлены лишь в процессе толкования конституционных норм. В частности, «очевидно противоправные суждения... включая такие запрещенные нормами публичного права высказывания, которые представляют собою оскорбление... не пользуются конституционной защитой»². Следовательно, отказ в опубликовании таких высказываний не будет являться цензурой, а установление ответственности за них не будет считаться вмешательством в свободу слова.

Установление как эксплицитных, так и имплицитных пределов основополагающих прав можно рассматривать в качестве «первичного балансирования» этих прав и иных, потенциально противостоящих им ценностей. Как указывает С. Цакиракис применительно к Европейской конвенции по правам человека, последняя «сама по себе отражает такое уравнивание, результатом которого должна стать защита прав человека»³; по утверждению А. Скалиа, обращенному к американскому Биллю о правах, «Вторая поправка, как и Первая, сами являются

¹ Пункт 2 части 4 статьи 6 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях».

² Постановление Конституционного Суда РФ от 25.05.2021 № 22-П.

³ Цакиракис С. Указ. соч. С. 52.

продуктом балансирования интересов, осуществленного народом»¹. Если это действительно так, то не только конституционный законодатель, но и — в пределах, положенных текстом конституции, — орган конституционного контроля, устанавливая объем и границы права, выносит ценностное (аксиологическое) суждение². Действительно, поскольку ни оскорбление, ни угроза насилием ни в какой мере не способствуют «открытому и свободному выражению гражданами своих взглядов, мнений и требований»³, не создают ценности для взаимобмена на условном «рынке идей» (*marketplace of ideas*)⁴ и, более того, наносят вред этим и иным ценностям (таким, как общественная безопасность, право каждого на доброе имя), то они и не могут рассматриваться как защищаемые свободой слова и свободой собраний.

В целом же Конституционный Суд, как представляется, склонен скорее к широкому толкованию конституционных прав, относимых традиционно к личным и политическим (т. е. естественным и неотчуждаемым) правам⁵.

¹ Цит. по: *Mathews J., Stone Sweet A. Op. cit.* P. 799. Ср.: «Конституционные ценности Америки возникают в результате непрерывного диалога и конкуренции между многими участниками: народом (гражданами), организованными группами интересов, СМИ... В этом диалоге осмысленное участие принимают и судьи, но они не предрешают его исхода...» (*Перетти Т. Указ. соч. С. 118*).

² Ср.: «Судьи осуществляют ценностный, в том числе моральный выбор: они обеспечивают защиту существующих в обществе моральных ценностей или, напротив, дискредитируют их» (Стратегия судебного толкования и принципы права: учеб. пособие. С. 219).

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 14.02.2013 № 4-П.

⁴ См. об этом понятии, восходящем еще к философии Дж. Ст. Милля, например: *Schultz D. Marketplace of Ideas // Free Speech Center. URL: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/999/marketplace-of-ideas>*.

⁵ Н.В. Варламова говорит о «первичности личных и политических

В числе прочего он справедливо признал, что право на уважение частной жизни, гарантированное статьями 23 и 24 (часть 1) Конституции Российской Федерации, распространяется «в том числе и на производные от него права» (право на защиту персональных данных, «право на забвение» в сети Интернет)¹. Равным образом Суд счел однажды, что право граждан на приобретение, хранение и ношение оружия (патронов), хотя и «не относится к числу конституционно закрепленных», а является «производным от прав», гарантируемых рядом норм Конституции, включая право частной собственности (статьи 34 и 35), также «имеет конституционное значение»². Наконец, в подобной манере Суд заключил, что «значимым средством обеспечения интересов семьи, материнства, отцовства, детства, как и конституционного права на охрану здоровья и медицинскую помощь, являются в настоящее время вспомогательные репродуктивные технологии», включая и суррогатное материнство³. Насколько известно автору, до сих пор высокому Суду не доводилось явным образом исключить из объема права на уважение достоинства личности (статья 21) и права на медицинскую помощь (часть 1 статьи 41) осуществление эвтаназии, а из объема права на уважение частной жизни (часть 1 статьи 23) и принципа правового равенства (статья 19) — отношения однополых пары, поскольку

прав (прав первого поколения)» в том смысле, что они отражают «исходные притязания человека на уважение его свободы» и потому «призваны защищать индивида от ненадлежащего обращения государства» (*Варламова Н. В.* Третье поколение прав человека? // *Российский юридический журнал.* 2011. № 2).

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 26.11.2018 № 3087-О.

² Определение Конституционного Суда РФ от 07.07.2016 № 1426-О.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 № 880-О.

в рассмотрении соответствующих жалоб было отказано по процессуальным основаниям¹.

Достаточно широкий взгляд, при котором каталог конституционных прав мыслится как беспробельно защищающий все сферы жизнедеятельности человека, а отдельно взятое право — как изначально неопределенное множество правовых возможностей, вполне оправдан рядом теоретических, методологических и практических соображений. Во-первых, воспринятый Конституцией естественно-правовой (юснатуралистский) тип правопонимания (статьи 2, 17 и 18, 55) исходит из того, что права состоят «из бесконечного числа возможных форм человеческого поведения. Сумма этих возможностей есть то, что мы понимаем под естественной свободой каждого человека, существующей до установления любого правопорядка и независимо от него»². Во-вторых, обратный подход был бы вполне пригоден для архаического или, в крайнем случае, феодального общества, но не для общества постиндустриального типа, в котором бурное развитие биомедицинских, информационных, космических и прочих технологий неизбежно и закономерно вызывает к жизни все новые формы самореализации индивида³. В-третьих, как будет показано далее в этом параграфе, на этапе оценки правомерности ограничения

¹ Определения Конституционного Суда РФ от 27.06.2023 № 1459-О и от 30.09.2019 № 2488-О соответственно.

² Эжитайн К. Основные права и свободы по российской Конституции и европейской Конвенции: учеб. пособие. М., 2004. С. 56.

³ Как мудро замечено, «право защищает некий социальный эффект, а не способ его достижения», поэтому, говоря о «новых» правах, обычно имеют в виду новые формы реализации уже известных прав (Румянцев А. Г. Обособление «цифровых» прав: Новые технологии, новые возможности, новые ограничения // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 6. С. 73).

некоторого права КС РФ легко может восполнить «дефицит» внимания к конкурирующим соображениям, включая соображения нравственности, общественного порядка или общественного здоровья, и также успешно исключить конкретные правопритязания как социально вредные из числа защищаемых правом.

С учетом изложенного автор не видит никаких оснований подозревать «соматические притязания», т. е. притязания на то, чтобы самостоятельно распоряжаться своим телом, прибегая к доступным медицинским технологиям, — будь то искусственное прерывание беременности, суррогатное материнство или пластическая хирургия — в имманентно присущем им «злоупотреблении правом» ввиду их «безнравственного», «контррелигиозного», а то и «неонацистского» происхождения¹. Как видно, этот подход и аналогичные ему подходы, рассматривающие подобные «странные» права как «противоречащие критерию нравственности»², опираются лишь на одно из возможных (религиозно-догматическое) понимание природы прав вообще. Исключение подобных прав из числа конституционно защищаемых («первичное балансирование») означало бы признание того, что они не несут в себе никакой социальной ценности либо во всех случаях несовместимы с иными конституционно охраняемыми ценностями. Это, очевидно, не так: общеизвестно, что пластическая (реконструктивная) хирургия, имеющая многовековую историю, оказалась особенно

¹ *Крусс В. И.* Медицинское право, конституционное правоупотребление и соматические притязания // Конституционное и муниципальное право. 2023. № 4.

² *Краснов М. А.* Права человека в понимании Русской Православной Церкви // Очерки идеологии постсоветского конституционализма: сб. науч. тр. Харьков: Право, 2013. С. 122 — 137.

востребована и получила мощный импульс в период Первой и Второй мировых войн в связи с необходимостью восстановления поврежденных тканей раненных солдат и их дальнейшей социальной адаптации. И, напротив, введение ограничений таких прав («вторичное балансирование») позволяло бы отсекать лишь маргинальные формы их реализации, достигая разумный баланс между защищаемыми ими и иными ценностями в каждом конкретном случае. Например, статья 56 Федерального закона «Об основах охраны здоровья...» устанавливает систему таких ограничений права на аборт: сроки его проведения по желанию женщины (до 12 недель), по социальным показаниям (до 25 недель), по медицинским показаниям (на любом сроке); «время тишины» с момента обращения за помощью и до проведения аборта; обязательность участия суда в случае с женщиной, признанной недееспособной.

Дальнейшее изложение будет в наибольшей степени касаться следующих вопросов, которые обычно рассматриваются при оценке вмешательства в конституционные права: вопрос об обоснованности ограничения (т. е. о наличии законной цели ограничения и его пригодности для ее достижения) и вопрос о сбалансированности такого ограничения (т. е. о соразмерности ограничения в строгом смысле или о его необходимости). При этом автор сознательно отказывается от исследования вопроса о допустимой форме ограничения основных прав (т. е. о формальной законности ограничения)¹ в силу ряда причин: а) при рассмотрении этого вопроса методологические соображения оказываются вытеснены соображениями формально-догматическими, диктуемыми принципами федерализма и разделения

¹ См. об этом, например: *Экштайн К.* Указ. соч. С. 61, 63, 65.

властей; б) в сравнительном ключе исследование этого вопроса затруднительно, поскольку юрисдикция российского органа конституционного контроля ограничена проверкой лишь некоторых категорий нормативных актов.

2. Конституция Российской Федерации в части 3 статьи 55 среди целей¹, оправдывающих ограничение основополагающих прав и свобод личности, называет не только защиту прав и законных интересов иных лиц, но и попечение о таких ценностях, как безопасность государства, общественная нравственность и т. д. (так называемая генеральная клаузула²). Многие ее положения, посвященные отдельным правам, также имплицитно подразумевают существование таких ценностей: например, защита государственной тайны, оправдывающая ограничение права на доступ к информации (часть 4 статьи 29), или насущные публичные нужды, позволяющие ограничивать право собственности (часть 3 статьи 35). Одновременно с этим статья 2 Конституции провозглашает высшей ценностью — среди иных, в том числе упоминаемых в ее I главе, — именно человека, его права и свободы. Кроме этого часть 3 статьи 17 обозначает

¹ Слово «цель» представляется более подходящим, чем, например, слово «причина», так как предполагает интеллектуально-волевою составляющую. Как писал Р. Иеринг, «воля столь же нуждается в достаточном основании, как и природа. Но в природе это основание механического свойства — причина (*causa efficiens*); для воли оно должно быть свойства психологического — цель (*causa finalis*)... причина относится к области прошедшего, цель — к сфере будущего» (*Иеринг Р. Цель в праве*. СПб.: Н. В. Муравьев, 1881).

² В германской юриспруденции так принято именовать «норму, сформулированную в достаточно обобщенной форме, которая, при отсутствии специальных правовых оснований, легитимирует принятие полицейских мер для поддержания порядка и безопасности» (*Айрих В. А. Генеральная клаузула полицейского права ФРГ [часть I] // Научный вестник Омской академии МВД России. 2011. № 2*).

пределом реализации прав одного лица нарушение им прав и свобод других лиц, но не угрозу каким-либо иным ценностям.

Не удивительно, что в отечественной научной литературе сформировались по меньшей мере два подхода к решению вопроса о допустимых основаниях (целях) ограничения конституционных прав. Первый базируется на буквальном истолковании приведенной части 3 статьи 55 Конституции и потому выделяет в числе таких оснований защиту так называемых «публичных интересов». Так, С.В. Пчелинцев утверждает, что «определяющими целями возможных ограничений прав и свобод граждан чаще всего являются общественные интересы (в широком смысле), важной (а чаще всего несомненно, приоритетной) составляющей которых являются интересы государственной и общественной безопасности»; впрочем, автор признает, что далеко не все перечисленные в этой норме публичные интересы способны оправдать ограничение конкретного конституционного права¹. При данном подходе, следует признать, обнаружившееся логическое противоречие — как наивысшая ценность может быть ограничена в угоду иным, подчиненным ей ценностям? — фактически обходится вниманием.

¹ Пчелинцев С. Нормы международного права и Конституция Российской Федерации о целях ограничения прав и свобод граждан // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2. С. 99. Этот же подход *a contrario* может быть проиллюстрирован следующей цитатой: «...указанная конституционная норма (часть 3 статьи 55) по своему смыслу и назначению в системе конституционного регулирования не может быть автоматически распространена на отношения, возникающие между равноправными участниками гражданского оборота...» (Особое мнение судьи Н.С. Бондаря к Постановлению Конституционного Суда РФ от 14.05.2012 № 11-П).

Второй подход основывается скорее на согласованном прочтении анализируемой нормы и иных названных положений Конституции РФ и учитывает приоритет положений ее главы I перед всеми остальными нормами (часть 2 статьи 16). Так, проф. Т.Г. Морщакова отмечает, что «оправдать перечисленными целями вводимые ограничения прав и свобод возможно только в той мере, в которой достижение этих целей опосредованно обеспечивает именно защиту прав и свобод — в ином контексте такое ограничение расходилось бы с признанием личности высшей среди защищаемых Конституцией ценностей»¹; при таком подходе соотношение перечисленных в данной норме «публичных интересов» с конкретным ограничиваемым правом утрачивает всякий смысл. Но в этом случае остается нерешенным вопрос о том, имеет ли закрепленный в части 3 статьи 55 перечень ценностей иное — помимо чисто риторического — значение для анализа обоснованности ограничения прав личности.

Представляется, что возможно несколько способов взаимного согласования процитированных конституционных норм и разрешения кажущегося логического противоречия между ними.

Во-первых, можно рассматривать те «публичные интересы», которые перечислены в части 3 статьи 55 Консти-

¹ Морщакова Т.Г. Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия // Право. 2008, № 1. С. 15–16. Этот же подход разделяет В. Лапаева, указывая: суд «должен показать, какие права и свободы человека могут быть нарушены, если не будут должным образом защищены соответствующие конституционные ценности», в связи с чем «нельзя соизмерить, например, право человека на объединение в политическую партию и такую конституционную ценность, как безопасность государства...» (Лапаева В.В. Критерии ограничения прав человека и гражданина в Конституции Российской Федерации // Государство и право. 2013. № 2. С. 17).

туции, как выступающие предпосылками или создающие необходимую основу для существования и реализации основополагающих прав личности. При таком подходе попечение законодателя об этих интересах опосредованно связано именно с защитой таких основополагающих прав. Действительно, государство может обеспечить верховенство прав человека лишь в случае обладания всей полнотой суверенитета на своей территории; равным образом «здоровье человека — высшее неотчуждаемое благо, без которого утрачивают свое значение многие другие блага и ценности»¹, включая права. Подобный подход ранее уже высказывался С. Д. Князевым, К. В. Арановским и Е. Б. Хохловым в их совместной статье: «Кроме защиты других прав, права можно ограничить в защиту того, что позволяет им существовать, а это основы конституционного строя, нравственность, здоровье человека, оборона страны, безопасность государства...»².

Во-вторых, при наличии в конкретном деле конфликта между двумя основными правами или между таким правом и «публичным интересом», конституционное право должно получить *соразмерную* защиту, при которой недопустимо его полное подчинение конкурирующим правам или ценностям, поскольку иное означало бы умаление или отмену этого права, что недопустимо (часть 2 статьи 55 Конституции). И напротив, государство, в принципе, вправе отказаться от обеспечения таких «публичных интересов» (например, рассекретить сведения, составлявшие государственную тайну, отказаться от планов по изъятию земель для нужд строительства, отменить тот или иной налог или

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 04.02.2014 № 373-О и др.

² Арановский К. В., Князев С. Д., Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 80.

сбор) в пользу более полной защиты права личности, если, конечно, это не приведет к умалению иных прав, опосредуемых такими интересами. Именно в этом значении можно понимать признание в статье 2 Конституции РФ прав человека наивысшей ценностью среди всех других.

Ограничившись пока этими двумя теоретическими соображениями, рассмотрим, каким образом понимаются основания ограничения фундаментальных прав в практике отечественного конституционного правосудия.

Конституционный Суд РФ по давно сложившемуся обыкновению использует формулировку «баланс частных и публичных интересов»¹, причем под «частным интересом» обычно понимается одно из конституционных прав личности, а под «публичным интересом» — иные конкурирующие с ним ценности, прямо поименованные в части 3 статьи 55 Конституции или вытекающие из иных ее норм. При этом перечень таких ценностей высокий суд склонен толковать скорее расширительно: так, понятие «безопасность государства» распадается на несколько составляющих в зависимости от природы предотвращаемых угроз: военная безопасность (внешний аспект которой охватывается иной ценностью — «оборона страны»), продовольственная безопасность («экономический суверенитет»²), информационная безопасность³, санитарно-эпидемиологическая безопасность и т. п.

Например, в постановлении 2019 года по жалобе Е.Г. Финкельштейна⁴ был подробно рассмотрен вопрос

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 01.04.2003 № 4-П и многие другие.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 23.04.2004 № 8-П.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 17.01.2019 № 4-П.

⁴ Там же.

о том, в каких целях законодатель ограничил в ряде корпоративных прав лиц, имеющих российское и иное гражданство, являющихся соучредителями радиовещательных организаций. Суд отметил, что такое используемое в части 3 статьи 55 Конституции основание для ограничения основных прав, как «обеспечение безопасности государства», не исчерпывается защитой от военного вмешательства, но подразумевает также «информационную безопасность». Ссылаясь на законоподготовительные материалы, он постановил, что указанная цель является допустимой и — принимая во внимание значительную роль СМИ в формировании общественного мнения — вполне может оправдывать ограничение некоторых корпоративных прав. Схожий пример: ЕСПЧ, признавая правомерным установленный французским законодателем запрет для политических партий на получение финансирования от иностранных юридических лиц, исходил из такой цели этого запрета, как защита «институционального порядка» или, словами государства-ответчика, «национального суверенитета» страны¹.

Крупными учеными высказывалось мнение о том, что такого явления, как «публичный интерес», в действительности не существует, поскольку понятия «общество» или «государство» являются лишь абстракциями, юридическими фикциями; следовательно, можно вести речь либо о частном интересе, который разделяется одним или несколькими лицами, либо о частном интересе, который разделяется всеми членами сообщества (кол-

¹ Постановление ЕСПЧ от 07.06.2007 по делу «Баскская национальная партия и региональная организация «Иппаральде» против Франции.

лективный интерес)¹. Например, допущение в некоторых случаях так называемого «параллельного импорта» и, тем самым, известное ограничение прав правообладателей², может рассматриваться как направленное на обеспечение продовольственной безопасности государства (публичный интерес). Однако такой публичный интерес может быть представлен и как сумма интересов экономических субъектов в том, чтобы импортировать товары, и интересов потребителей в том, чтобы иметь доступ к таким товарам (частные интересы). Представляется, однако, что различие между двумя приведенными подходами носит скорее аргументационный, нежели принципиальный характер.

Автор настоящей работы полагает возможным использовать понятие частного интереса в тех случаях, когда перед нами конфликт между сторонами конкретного правоотношения, идентифицировать которые не составляет особого труда, и когда одно лицо является непосредственным выгодоприобретателем от ограничения прав иного лица (отношения типа «акционерное общество — акционер», «опекун — подопечный», «причинитель вреда — потерпевший», «взыскатель — должник», «пациент — врач»

¹ Ильин А. В. Конституционное право России: авторский курс. М.: Эксмо, 2022. С. 170—171. Ср.: «Если общий интерес и представляет собой объективную реальность, то только в смысле объективной необходимости такого общего (публичного) порядка, который одновременно составляет и интерес каждого члена сообщества» (Варламова Н. В. Принцип пропорциональности в современной конституционно-правовой доктрине и практике. С. 76).

² Впрочем, если исходить из того, что в объем правомочий обладателя товарного знака не входит контроль за судьбой вещи, законно введенной в гражданский оборот под этим знаком, то ограничение его конституционных прав в настоящем примере вовсе отсутствует.

и т. д.). В тех же случаях, когда между носителями разнонаправленных интересов еще не существует никакого правоотношения, а ограничение прав одного лица лишь опосредованно и отдаленно служит выгоде всех остальных лиц, возможно использовать понятие публичного или, если угодно, коллективного интереса¹ (например, государственный служащий обязуется подавать декларацию о своих доходах и расходах; собственник участка в особо охраняемой природной зоне ограничивается в способах хозяйствования; имеющим в прошлом судимость лицам отказывается во владении огнестрельным оружием; за проезд большегрузного транспорта по автомобильным дорогам взимается соответствующий платеж и т. д.).

При этом автор не может согласиться с такой формулировкой, как «интересы государственного аппарата» или «конституционные права... субъектов права собственности — субъектов Российской Федерации»² в том контексте, в каком носителями основных прав, подлежащих конституционно-судебной защите, равнозначными с индивидом, предполагаются государственно-территориальные образования и, тем более, органы публичной власти этих образований. Аналогично может подвергнуться критике такая формулировка, как «жалоба администрации муниципального

¹ Ср.: «Политическое право — это соотнесенный с отдельным индивидом политический ориентир... цель — это не соотнесенный с отдельным индивидом политический ориентир... точное определение которого не предусматривает в указанном смысле какие-либо возможности, ресурсы или свободы для отдельных индивидов» (Дворкин Р. Указ. соч. С. 133—134).

² Нарутто С. В. Конкуренция конституционных прав и свобод человека в интерпретациях Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 2.

образования... на нарушение ее конституционных прав...»¹, поскольку орган местного самоуправления, очевидно, призван защищать права граждан (местного сообщества в целом), будучи для этого наделен публично-властными полномочиями, но не субъективными правами, отличными от прав граждан и конкурировавшими бы с ними. Это несогласие обусловлено как самим названием главы 2 российской Конституции — «Права и свободы человека и гражданина», распространяющей свое действие также на иностранных граждан (апатридов) — в части, в какой речь идет о правах человека², а равно на юридических лиц — в той мере, в какой право может быть ими реализовано³, так и нормой ФКЗ о КС РФ о том, что правом на обращение в защиту своих прав и свобод обладают «муниципальные образования в лице органов местного самоуправления» (но не сами органы), а субъекты РФ (в лице их органов) таким правом на жалобу не наделены вовсе (часть 1 статьи 96).

Что не менее важно, сведение допустимых целей ограничения конституционного права исключительно к защите «прав и законных интересов иных лиц», а смысла статьи 55 (часть 3) Конституции — к высокому пафосу ее статьи 17 (часть 3) порождало бы ряд ненужных теоретических и практических затруднений.

Во-первых, по общему признанию, еще не родившийся человек, как и человек, уже почивший, не может считаться в полном смысле субъектом правоотношений, а значит,

¹ Определения Конституционного Суда РФ от 31.01.2023 № 200-О, от 27.06.2023 № 1426-О и некоторые другие.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 17.02.1998 № 6-П.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 17.12.1996 № 20-П.

иметь права и нести обязанности; уж точно не признается правосубъектность за представителями животного мира. В таком случае следовало бы признать заведомо необоснованным любое ограничение права женщины на проведение аборта, преследующее цели не только защиты ее собственных жизни и здоровья, но и защиты жизни эмбриона; равным образом следовало бы признать необоснованным запрет разглашения информации о частной жизни умершего лица, направленный на защиту его достоинства и доброго имени; необоснованным являлось бы и всякое ограничение прав собственника объектов животного мира, направленное против жестокого обращения с животными.

Во-вторых, в действительности очень часто законодатель проявляет известный патернализм и ограничивает некоторое конституционное право лица в целях защиты иного права *того же* самого лица, о чем рассматриваемые нормы Конституции, строго говоря, умалчивают. Так, очевидно, что, предусматривая принудительную госпитализацию, психиатрическое освидетельствование и диспансерное наблюдение душевнобольного, государство, с одной стороны, ограничивает его свободу передвижения и право на физическую неприкосновенность, но, с другой стороны, делает это в интересах защиты как права на безопасность иных, окружающих его лиц, так и в не меньшей степени права самого этого лица на охрану здоровья и бесплатную медицинскую помощь.

В-третьих, буквальная формулировка обеих рассматриваемых норм, допуская ограничение конституционного права в интересах защиты другого права, не говорит, что последнее должно иметь такой же высокий ранг. Действительно, признание законодателем притязаний отдельных категорий граждан на получение всевозможных пособий (льгот), например направленных на выправление демографической

ситуации и не наделенных статусом конституционных прав, имеет своим неизбежным следствием ограничение права собственности и свободы экономической деятельности в виде уплаты налогов и иных фискальных повинностей. Цитируемые ранее авторы указывают: «Ограничения, налагаемые в защиту социальных притязаний, дадут если не бесспорные доказательства, то верный признак субъективного права» в сфере социального обеспечения¹.

Нельзя не отметить здесь, что и в правовых порядках, рассмотренных в этой главе, цели ограничения основных прав не сводимы буквально к защите конкурирующих основополагающих прав иных лиц. Напротив, для описания таких целей в практике ФКС ФРГ используется термин «публичные интересы» (*öffentlichen Interessen*), а в практике ВС США — и вообще «государственные интересы» (*governmental ends*). Нельзя не отметить и того, что и Ю. Хабермас с его идеей прав как «защитных барьеров» (*firewalls*), и Р. Дворкин с его пониманием прав как «козырей» (*trumps*) признают, что ограничение последних все-таки может иметь своей целью обеспечение особенно важных публичных (коллективных) благ, имеющих конституционное признание. При этом, чем более широкой трактовки основных прав (перечня составляющих их правомочий) мы придерживаемся, тем большей является вероятность возникновения конфликта между ними и (или) иными ценностями, в том числе имеющими коллективную природу (нравственность, интересы будущих поколений и т. п.)².

¹ Арановский К. В., Князев С. Д., Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 80.

² Ср.: «Постулируемый в рамках данной концептуальной схемы равнодостоинственный характер потребностей, фундирующих существование соответствующих им прав человека, максимально проблематизирует основания рационального выбора между конкурирующими правами человека в ситуации их конфликта» (Стратегии судебного толкования и принципы

3. Гораздо важнее, по нашему мнению, в каждом конкретном деле определить, не является ли ограничение права бесцельным и не преследует ли оно противную Конституции цель, поскольку в этом случае можно вести речь о *необоснованном* и потому *неправомерном* ограничении.

В правовом демократическом государстве достаточно трудно представить себе совершенно бесцельное правоограничение. Напротив, часто можно встретить ограничения, которые продиктованы не конституционно оправданными целями, а, например, стереотипами и предрассудками, бытующими в обществе. К таковым, по мнению автора, можно отнести ограничения, основанные исключительно на нетерпимом отношении к лицам с нетрадиционной сексуальной ориентацией или на восприятии женщины исключительно как домохозяйки, а мужчины — как добытчика. Сложность состоит в том, что, как справедливо отмечено, никем еще не сформулирована «методология распознавания „ядерных“ правовых традиций, разрушение которых означает утрату [конституционной] идентичности, и тех правовых традиций или предрассудков, стереотипов общественного сознания, которые являются примером правовой инерции или даже явным анахронизмом»¹.

Также часто можно встретить ограничения, которые вызваны скорее избыточным формализмом, стремлением упростить и облегчить работу бюрократического аппарата, желанием максимально сэкономить ведомственные ресурсы. По нашему мнению, таким ограничением может быть требование к гражданину предоставить для получения го-

права: учеб. пособие. С. 210).

¹ Гаджиев Г.А. О судебной доктрине конституционной идентичности // Судья. 2017. № 12.

сударственной (муниципальной) услуги документы, которые уже имеются в распоряжении государственного (муниципального) органа или могут быть оперативно получены им в рамках межведомственного взаимодействия. Как неоднократно подчеркивал сам Конституционный Суд РФ, ограничения основополагающих прав личности «должны быть не только юридически, но и социально оправданными»¹, а «цели одной только рациональной организации деятельности государственных органов... не могут служить основанием для ограничения»².

В завершение следует отметить, что в практике отечественного конституционного контроля обычно не выделяется в качестве самостоятельного аналитического действия проверка пригодности ограничения для достижения заявленной цели (наличия причинно-следственной связи между ними)³. Однако есть все основания полагать, что такая пригодность подразумевается *ipso facto* в том случае, когда ограничение признается Судом преследующим законную цель. Довольно часто эти два элемента рассматриваются как единое целое в литературе, посвященной как американскому многоуровневому контролю («с аналитической точки зрения, оценка „правомерности“ цели наилучшим образом понимается как часть оценки „пригодности“... нежели рассматривается как самостоятельное исследование»⁴), так

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 13.04.2017 № 11-П и др.

² Определение Конституционного Суда РФ от 07.07.2016 № 1358-О и др.

³ Свидетельства обратного подхода см. здесь: Должиков А. В. Уже пора умом Россию понимать? Требование пригодности в конституционном правосудии // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 6.

⁴ Kelso R. R. Op. cit. P. 456.

и немецкому тесту на пропорциональность («тест на пригодность... требует, чтобы рассматриваемая законодательная или административная мера была пригодной для достижения правомерной цели защиты публичного интереса»¹).

Однако подобный «облегченный» подход к оценке адекватности цели ограничения, по мнению автора, возможен лишь в том случае, если Суд имеет в виду *объективную* цель, преследуемую законом, которая может быть выявлена путем анализа всей системы правового регулирования, а также социально-экономических реалий, побудивших законодателя к его принятию. Напротив, если Суд будет полагаться на понимание цели закона в ее *субъективном* значении, например опираясь только на пояснительную записку или стенограммы парламентских заседаний, останется риск того, что ограничение в действительности не направлено на ее достижение.

Лучшим примером дискуссии о целях и средствах, а также о рациональной связи между ними может служить определение 2013 года по жалобе В.Б. Рабиновича², в котором Конституционный Суд признал не нарушающими права граждан положения земельного законодательства, которые относят земельные участки в пределах ЗАТО к ограниченным в обороте и не подлежащим предоставлению в частную собственность, поскольку тем самым «учитывается необходимый баланс конституционно значимых интересов государства и граждан». Судья Г.А. Гаджиев в своем мнении³ сформулировал ряд тезисов, которые ставят под

¹ Chang Y.-C., Dai X. The Limited Usefulness of the Proportionality Principle // International Journal of Constitutional Law. 2021.

² Определение Конституционного Суда РФ от 24.01.2013 № 119-О.

³ Мнение судьи Г.А. Гаджиева к Определению Конституционного Суда РФ от 24.01.2013 № 119-О.

сомнение реальность, а не «эфемерность» законной цели ограничения, а равно «адекватность» избранного законодателем средства для ее достижения: а) населенный пункт, в котором расположен спорный земельный участок, может быть никак не связан с функционированием объектов атомной энергетики; б) лицо, имеющее в собственности недвижимость, наибольшим образом заинтересовано в поддержании безопасной и благоприятной обстановки вокруг нее; в) собственники близлежащих участков, приватизировавшие их ранее, вправе свободно распоряжаться ими, в том числе отчуждать в пользу иных лиц¹.

Можно усмотреть пример рассуждений о причинно-следственной связи ограничений и их целей также в постановлении 2018 года по жалобе ООО «ПАГ», где Конституционный Суд исходил из того, что изъятие и уничтожение оригинальных товаров, ввезенных в порядке так называемого параллельного импорта — в отличие от контрафактных товаров, на которые товарный знак нанесен незаконно — не может быть обусловлено стремлением законодателя предупредить «серьезные репутационные риски, связанные с несоответствием товара ожидаемым характеристикам и требованиям потребителей»².

Следует отметить, что не только российскому органу конституционной юрисдикции свойственно применение «усеченной» версии теста на пропорциональность: например, Конституционный совет Франции традиционно

¹ Стоит заметить, однако, что если мы полагаем право на приватизацию не имеющим конституционной защиты, то законодатель в данном случае, строго говоря, не был связан всеми требованиями к ограничению прав (за исключением принципов формального равенства и правовой определенности).

² Постановление Конституционного Суда РФ от 13.02.2018 № 8-П.

подчеркивает, что «в его компетенцию не входит установление того, может ли цель, поставленная Парламентом, быть достигнута иными средствами, когда избранные меры не являются *очевидно* (курсив мой. — П.Б.) не подходящими для достижения этой цели»¹. Как видно, к оценочной и весьма туманной категории «очевидность» органам конституционного контроля (как и ЕСПЧ) приходится обращаться часто именно с тем, чтобы избежать превышения своей компетенции и узурпации полномочий законодателя или иных судов².

4. Позволим себе напомнить, что концепция соразмерности (пропорциональности в строгом смысле), по устоявшимся в западной правовой доктрине представлениям, неразрывно связана с метафорой «взвешивания» (*weighing*) защищаемой ценности и ограничиваемого права и с установлением приоритета того или другого в конкретных обстоятельствах³. Схематично это рассуждение выглядит примерно так: если польза для охраняемой ценности «А¹» в результате применения некоторой меры «М» перевешивает ущерб, причиненный тем самым праву «А²», значит мера «М» является пропорциональной. Меньшее распро-

¹ Constitutional Council of France. 2010-603 DC.

² См. особенно: Бушев А. Ю. Субсидиарная роль Европейского Суда по правам человека: Пределы усмотрения и национальный суверенитет, критерий явной очевидности // Права человека. 2016. № 4.

³ См. в подтверждение: «Относительная важность прав и ценностей, стоящих на кону, может быть отдельно оценена в рамках структурированного анализа пропорциональности на этапе пропорциональности как таковой» (*Jackson V.C.* Op. cit. P. 3119), а также: «Понятие „взвешивание“ в большей мере соответствует конституционному правосудию, так как основано на метафоре весов» (*Должиков А. В.* Соразмерность как общеправовой принцип в конституционном правосудии России [на примере основных социальных прав]. С. 347).

странение в литературе получил иной подход, смысл которого состоит в том, что «взвешиванию» подлежат не цель и средство, а несколько альтернативных средств, в различной степени воздействующих на ограничиваемое право и с различной степенью эффективности достигающих искомой цели¹. Иными словами, некоторая мера «M¹» является пропорциональной, если она позволяет обеспечить ценность «A¹», при этом причинив меньший ущерб праву «A²», нежели альтернативная ей мера «M²», также направленная на защиту ценности «A¹».

Нельзя не заметить, что во втором случае вывод о *соразмерности* ограничения (пропорциональности в строгом смысле) едва ли отличим от вывода о его *необходимости* (минимальности воздействия). По справедливому суждению Д. И. Дедова, этот второй подход не чужд Европейскому Суду по правам человека: «В целом ряде дел... анализ соразмерности как бы „защит“ в критерий необходимости без их разделения между собой»; «оценка необходимости (центральная часть теста) и оценка соотношения между целями и правовыми средствами приводят к оценке конфликтующих интересов и нахождению справедливого баланса...»². Именно такой подход, по мнению автора, является магистральным в отечественной практике конституционного контроля и может быть проиллюстрирован следующей распространенной формулой: «При допустимости

¹ См. в подтверждение: «Менее эффективные, но и менее ограничительные альтернативы могут быть привнесены в рассуждения... в результате чего оспариваемая мера не пройдет этап балансирования, если какая-либо из этих альтернатив производит большую чистую социальную выгоду» (*Chang Y.-C., Dai X. Op. cit.*).

² Дедов Д. И. Принцип соразмерности и развитие методологии права / ARS IURIS: сб. науч. ст. к юбилею Г. А. Гаджиева / под общ. ред. П. Д. Блохина, А. В. Ильина, Д. В. Тютина. М.: Статут, 2023. С. 146—149.

ограничения федеральным законом того или иного права в соответствии с конституционно одобряемыми целями следует использовать не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные этими целями меры»¹. Таким образом, мы утверждаем, что российская модель оценки правомерности ограничений конституционных прав методологически ближе к американским стандартам, именуемым *heightened scrutiny* (повышенный контроль), нежели к немецкому тесту на пропорциональность².

При этом существует и едва уловимое различие между подходом ЕСПЧ к оценке «необходимости в демократическом обществе» ограничения или подходом ВС США к выбору «точно скроенной» меры, с одной стороны, и подходом КС РФ к оценке соразмерности вмешательства — с другой. Так, если анализ необходимости, как он понимается в американской юриспруденции, допускает сопоставление нескольких — притом как действующих, так и гипотетических — ограничительных мер разного *качества*³, то рос-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2023 № 41-П и многие другие.

² К похожему выводу уже давно пришел А. Шайо, говоря, что КС РФ избрал для себя «конкретный критерий для конституционного контроля — принцип наименее ограничивающей меры. Это более эффективно, чем проверка того, лишено ли ограничение пропорции, а, кроме того, служит препятствием для принятия судебной властью политических решений» (Конституционные права в России: дела и решения: учеб. пособие. С. 64—65).

³ Ср.: спорный вопрос состоит в том, «каков круг альтернатив, которые суд может исследовать, определяя, является ли правовое регулирование точно скроенным?»; в некоторых категориях дел «чаще вовлекаются альтернативы, которые отличаются от оспариваемого законодательства по своему „качеству“, нежели просто по степени» (*Noah L. When Constitutional Tailoring Demands the Impossible: Unrealistic Scrutiny of Agencies?* // *George Washington Law Rev.* 2017. Vol. 85, № 5. P. 106—107).

сийский подход к соразмерности предполагает скорее анализ разных *степеней* ограничительного воздействия уже избранной законодателем меры. Действительно, в каких-то случаях искомая цель может быть достигнута более щадящим для прав человека и даже более эффективным способом не через наказание, а через воспитание; через меры не публично-правового, а частно-правового характера; не через индивидуальную ответственность, а через страхование рисков — перечень примеров можно продолжать и далее. Представляется, однако, что в подобных случаях КС РФ исходит из принципа разделения властей и полагается на лучшую осведомленность законодателя о том, какие меры являются наиболее эффективными, принимая решение исходя не из политической или экономической целесообразности, а скорее из «юридической (правовой) целесообразности нормы» «в системе существующих конституционно-правовых координат»¹.

Ярчайшим примером того, как Конституционный Суд РФ понимает требование строгой необходимости (соразмерности) ограничения, являются его постановления по двум делам о так называемом исполнительском иммунитете. С одной стороны, отказ от обращения взыскания на единственное жилое помещение должника призван обеспечить его конституционное право на жилище (статья 40) в сочетании с правом на достоинство личности (статья 21). С другой стороны, применение такого иммунитета может привести к умалению права кредитора на охрану частной собственности (статья 35) в сочетании с правом на судебную защиту (статья 46). В связи с этим, указал Суд, «для

¹ Зорькин В.Д. Аксиологические аспекты Конституции России // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 4.

соблюдения конституционного принципа соразмерности в сфере защиты прав и законных интересов кредитора (взыскателя) и гражданина-должника исполнительский иммунитет должен распространяться на жилое помещение, которое по своим объективным характеристикам (параметрам) является разумно достаточным для удовлетворения конституционно значимой потребности в жилище как необходимым средстве жизнеобеспечения»¹. Таким образом, Суд позволил обеспечить в необходимой мере защищаемые права должника, допустив ограничение права кредитора в минимально возможной степени. Возможно, законодатель мог бы предпринять качественно иные меры для достижения такого же результата: например, предписывая должникам использовать механизм страхования рисков или обязуясь выплачивать кредиторам денежные компенсации. Однако Конституционный Суд закономерно не стал спекулировать на тему эффективности таких альтернативных мероприятий и ограничился анализом той меры, которая была оспорена.

Лучшему пониманию соразмерности (справедливости) ограничения прав способствует обращение к категориям уголовного и налогового права, которые конкретизируют рассматриваемое понятие для целей указанных отраслей. Так, согласно части 1 статьи 6 УК РФ, наказание должно быть справедливым, т. е. соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного. Как верно замечено в связи с этим, «не будет отвечать конституционно значимым целям и предназначению уголовного закона как

¹ Постановления Конституционного Суда РФ от 14.05.2012 № 11-П и от 26.04.2021 № 15-П.

чрезмерная суровость, так и неоправданная мягкость его предписаний»¹. Согласно же пункту 3 статьи 3 НК РФ, налоги и сборы должны иметь экономическое основание и не могут быть произвольными; недопустимы налоги и сборы, препятствующие реализации гражданами своих конституционных прав. По мнению автора, здесь «речь идет о соразмерности величины денежного изъятия (налога, сбора, парадоксального платежа) величине экономической выгоды (чистого дохода, природной ренты, экономии на расходах и т. п.), приносимой плательщику предметом налогообложения...»². Как видно, ни в одном из этих случаев речь не идет — и не может идти — о «взвешивании» конкурирующих ценностей, а скорее о разумной необходимости принимаемых ограничительных мер для достижения целей публичной политики.

Наиболее последовательным сторонником теста на пропорциональность не как «взвешивания» противостоящих ценностей, но как их взаимного согласования (балансирования) выступает Г.А. Гаджиев. Он указывает, в частности, что этот инструмент «существует для того, чтобы создать гибкую, справедливую правовую систему», а потому у Конституционного Суда РФ «нет возможности принимать решения исходя из принципа... „все или ничего“. Необходимо искать золотую середину!»³; из этого с необ-

¹ Елинский А. В. Справедливость уголовной ответственности и наказания в решениях Конституционного Суда России // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 11. С. 61.

² Блохин П. Д. Как много — избыточно? К формированию судебной доктрины соразмерности налогового бремени // Журнал конституционного правосудия. 2021. № 4. С. 22.

³ Гаджиев Г. А. О принципе пропорциональности и конституционной кассации. С. 57—59.

ходимостью следует, что «ни одному из защищаемых интересов не отдается безусловный приоритет, а действие одного права создает имманентные пределы для [действия] другого»¹. Равным образом В. А. Сивицкий, по-видимому, разделяя представление о двухзвенной структуре российской версии теста на пропорциональность (соразмерность), отмечает: «Абсолютное право вне компромисса объективно невозможно и в таком — абсолютном — виде вряд ли может быть защищено Конституционным Судом»². Наконец, как пишет Н. В. Варламова, «все права человека... равнозначны (не имеют заранее установленного (абстрактного) или конкретного (для данного дела) „веса“»); «в рамках процедуры „взвешивания“ происходит не сопоставление права, подвергнутого ограничению, с иными ценностями... а согласование по принципу формального равенства (предполагающего равное признание, а отсюда и необходимость равного ограничения)...»³.

Уже анализировавшаяся ранее формулировка части 3 статьи 55 Конституции РФ требует, чтобы ограничение основного права осуществлялось «только в той мере, в какой это необходимо» для защиты иных охраняемых ценностей. Именно это требование выступает нормативной основой для применения в отечественном конституционном правосудии принципа соразмерности, понимаемого как тре-

¹ Мнение судьи Г. А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 28.03.2017 № 10-П.

² *Сивицкий В. А.* Баланс конституционных ценностей как предмет и метод деятельности Конституционного Суда Российской Федерации // *Компромисс в праве: теория, практика, техника: сб. ст. Т. 2.* Н. Новгород, 2014.

³ *Варламова Н. В.* Принцип пропорциональности в современной конституционно-правовой доктрине и практике. С. 74—75.

бование строгой необходимости ограничения. В пользу того, что оценка такой соразмерности имеет мало общего с «взвешиванием» (т. е. определением сравнительной ценности) конституционных прав и иных благ, говорит ряд принципиальных соображений.

Во-первых, российская Конституция, как и многие документы об основных правах личности, не устанавливает какой-либо иерархии конституционных прав и, соответственно, не позволяет отдать предпочтение одному из них в ущерб другому. Проще говоря, нет никаких оснований утверждать, что право некоторого лица брать уроки музыки «важнее» или «ценнее», чем право его соседа наслаждаться тишиной и покоем. Однако это совсем не значит, что права этих двух лиц не могут быть сбалансированы, взаимно согласованы друг с другом так, чтобы существо («ядро») каждого из них оставалось нетронутым, как того требует Конституция, запрещающая «отменять» или «умалять» основные права (часть 2 статьи 55).

Во-вторых, именно на такой подход ориентирует и сама терминология, получившая распространение в российской конституционно-судебной практике. Понятия «соразмерность» или «пропорциональность» предполагают не установление «веса» той или иной ценности, а нахождение «меры» или «пропорции», в которых возможна реализация каждого из двух конфликтующих прав. «Баланс» ценностей, т. е. их равновесие, также не требует приписывания этим ценностям конкретного «веса» и даже прямо отвергает «перевешивание» одной из них на чаше весов. Например, вполне может быть установлено, что громкая музыка в помещении многоквартирного дома запрещена с 22:00 до 08:00 в рабочие дни, а также с 23:00 до 09:00 в выходные и праздничные нерабочие дни. Такое регулирование

будет означать *сбалансированность* основных прав, но не установление *приоритета* одного из них.

Наконец, в-третьих, концепция взвешивания, доведенная до ее логического завершения, ставила бы перед нами многочисленные, а главное, трудно разрешимые вопросы. Например, какое значение имел бы тот факт, что увлеченный занятиями музыкой жилец нарушает покой не одного, а сразу нескольких лиц, проживающих в соседних квартирах? Какую роль играло бы то, что будущий музыкант не просто обучается музыке, а готовится к участию в престижном международном конкурсе? А как быть, если бы в нашей гипотетической задаче присутствовали сразу обе эти переменные? Механическое взвешивание требовало бы учета всех подобных обстоятельств, а потому вело бы к совершенно непредсказуемым результатам и превращало бы любое конкретное *правило* в размытый *стандарт* поведения¹.

Сравним два подхода, занятых Конституционным Судом применительно к типичному случаю коллизии различных конституционных ценностей. В одном своем определении Суд исходил из следующего: «Особый характер прав личности, гарантированных статьями 23 и 24 (часть 1) Конституции Российской Федерации», как правило, «предполагает признание их приоритета по отношению к коррелирующим им правам»². Однако данный тезис не был подкреплён доказательствами: осталось неясным, из чего проистекает «особый характер» права на уважение частной жизни, возвышающий его над свободой информации. В ином же решении Суд сформулировал более взвешенный подход: ука-

¹ О различиях между правилами и стандартами см.: Блохин П.Д. Аналогия в праве и судебный прецедент: сравнительно-правовые параллели. Часть 2 // Журнал конституционного правосудия. 2017. № 4.

² Определение Конституционного Суда РФ от 26.11.2018 № 3087-О.

занные фундаментальные права, «поскольку они защищают являющиеся одинаково значимыми интерес частного лица в обеспечении его приватности, с одной стороны, и интерес широкой общественности в доступе к информации, с другой», «не находятся в состоянии главенства и подчинения и не обладают безусловным приоритетом друг перед другом»¹. Следует отметить, что именно этот ценностный подход возобладал в дальнейшем, например в делах о реализации «права на забвение» в сети Интернет² и об обязанности сетевого издания осуществлять модерацию комментариев пользователей³.

В литературе из раза в раз приводится один пример, призванный продемонстрировать состоятельность и ценность идеи балансирования, понимаемого именно как взвешивание конкурирующих прав: так, причинение смерти похитителю может оказаться единственно возможным (необходимым) способом предотвратить хищение, однако такое вмешательство в право на жизнь похитителя явно не будет соразмерным защите имущественного права жертвы. Этот пример интересен абстрактно-теоретически, но едва ли полезен методологически: во-первых, уровень законотворчества сегодня уже таков, что примеры подобного ограничительного регулирования едва ли часто имеют место в реальности (образное выражение гласит, что не стоит «стрелять из пушки по воробьям»); во-вторых, цель защиты имущества можно рассмотреть через призму менее инвазивных, хотя и менее эффективных мер (например, возможность розыска похищенного имущества и т. п.). Проще

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 12.02.2019 № 274-О.

² Определение Конституционного Суда РФ от 19.10.2021 № 2129-О.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.05.2021 № 22-П.

говоря, право на жизнь и право на имущество в действительности не могут рассматриваться как конкурирующие (исключающие реализацию друг друга). В общем, требуются менее претенциозные и более реалистичные иллюстрации того, почему определение относительного веса прав необходимо для решения конституционных конфликтов.

5. Ни в одной из известных автору русскоязычных работ, посвященных проблеме балансирования ценностей, не предлагается сколько-нибудь универсальной системы критериев, позволявшей бы с большой долей вероятности прогнозировать вывод о соразмерности или, напротив, об избыточности ограничения права в конкретном деле. Например, Ю. А. Рудт, понимая под балансированием «систему взаимоотношений конституционных ценностей и возможные способы разрешения конфликтов между ними» и разбирая отдельные разобщенные примеры разрешения таких конфликтов Конституционным Судом, не берется предложить в своей кандидатской диссертации никаких типовых критериев этой аксиологической операции¹. А. В. Должиков в своей докторской диссертации называет некоторые типичные случаи неправомерности ограничения (полный или, иначе, бланкетный запрет реализации некоторого права, отсутствие альтернативных способов реализации права), однако связывает их то ли с концепцией основного существа права, то ли с требованием необходимости ограничения².

¹ См.: Рудт Ю. А. Баланс конституционных ценностей в доктрине конституционного права и практике органов конституционной юстиции Российской Федерации. С. 13.

² Должиков А. В. Соразмерность как общеправовой принцип в конституционном правосудии России (на примере основных социальных прав). С. 332, 335.

Надо сказать, что и в зарубежном правоведении тест на пропорциональность (включая его третий, ключевой, элемент) рассматривается в основном в качестве *формального*, а не *содержательного*, а также *описательного*, а не *прогностического* инструментария. Так, К. Мёллер в ответ на обвинение в субъективизме, присущем приему балансирования, пишет: «Соразмерность дает судьям определенный ориентир, но он, главным образом, касается *порядка принятия*, а не *содержания* судебных решений»¹. Собственно, это вполне признает и главный сторонник метода пропорциональности Р. Алекси: «...формула веса не подскажет нам, к чему приводит вмешательство в конституционное право, когда используется шкала легкой, умеренной и серьезной степени. Она также не подскажет нам, каковы абстрактные веса конфликтующих принципов. Наконец, она ничего не скажет о надежности соответствующих эмпирических предположений»².

С такой исходной позиции может легко показаться, что анализ правомерности ограничения и, в частности, его необходимости (соразмерности), неизбежно осуществляется органом судебного конституционного контроля ситуативно (*case-by-case*), без опоры на какие-либо содержательные критерии³. Однако анализ многолетней практики Конституционного Суда РФ (как и ряда зарубежных органов эк-

¹ Мёллер К. «Балансирование как аргументирование» и проблемы, связанные с разрешением споров на основании неправовых критериев: ответ Франсиско Урбине // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 4 (101). С. 114.

² Alexy R. *Op. cit.* P. 63.

³ Допускаю, что иногда это действительно так, особенно, когда речь идет о предполагаемом нарушении политических прав. Однако это свидетельствует отнюдь не о дефектности самой методологии, а лишь о недостаточности последовательном ее применении на практике.

вивалентной юрисдикции) позволяет автору отринуть высказанное предположение и предложить систему маркеров или своего рода «сигнальных огней», которые помогают не только объяснить *ex post*, но и спрогнозировать *ex ante* итог того или другого разбирательства.

Во-первых, недифференцированный (бланкетный) характер ограничения (запрета, санкции, меры принуждения) почти всегда свидетельствует о его несоразмерности. Например, может быть признана избыточной гражданско-правовая компенсация за нарушение авторских и смежных прав в установленной законом твердой величине (пропорции), поскольку она не позволяет суду учесть личность нарушителя, форму вины, характер гражданско-правового деликта и иные релевантные обстоятельства конкретного дела¹. Или, скажем, не является соразмерным абсолютный запрет, устанавливаемый в правилах благоустройства территории муниципального образования, на размещение нестационарных торговых объектов на земельном участке, образованном под многоквартирным жилым домом, в отличие от требований к внешнему облику таких объектов, их удаленности от дома, конструктивным особенностям и иных подобных требований².

Во-вторых, о несоразмерности ограничения может свидетельствовать существенное негативное воздействие оспариваемой меры на иные — помимо прямо ограничиваемых — охраняемые конституционным правом ценности (включая права третьих лиц). Например, таковым является общий запрет на выезд за границу несовершеннолетнего ребенка, наложенный не проживающим совместно с ним

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 24.07.2020 № 40-П.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2021 № 14-П.

родителем, поскольку этим ограничивается как сам такой ребенок, так и осуществляющий за ним уход второй родитель¹. Иной пример: применение в отношении оригинальных товаров, ввезенных в порядке параллельного импорта, таких же правовых последствий, как и в отношении контрафактных товаров, на которых товарный знак размещен незаконно, недопустимо, поскольку это ограничивает как права самого импортера, так и законные интересы широкого круга потребителей².

В-третьих, очевидно, не является правомерным установление законодателем такой меры ответственности за правонарушение, которая является равной по строгости или даже более строгой, нежели мера ответственности, установленная им за более тяжкое правонарушение (и наоборот). Так, не обеспечивает соразмерную защиту личности от физического насилия норма УК РФ, которая предполагает уголовное наказание лица за побои в случае, если оно считается привлеченным к административной ответственности за аналогичное деяние (так называемая административная преюдиция), но не в том случае, когда оно уже является судимым за такое же деяние³. Равным образом норма статьи 178 УК РФ не может трактоваться таким образом, что покушение на ограничение конкуренции путем заключения картельного соглашения на торгах будет влечь более тяжелые правовые последствия для нарушителя, нежели оконченное преступление, состав которого предусмотрен этой нормой⁴.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.06.2020 № 29-П.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 13.02.2018 № 8-П.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 08.04.2021 № 11-П.

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2023 № 19-П.

В-четвертых, напротив, о соразмерности ограничения может свидетельствовать предусмотренный законом или подзаконным актом набор сопоставимых правовых гарантий, призванных это ограничение компенсировать (смягчить). Например, отсутствие предварительного судебного контроля за законностью взимания налогов (сборов, страховых взносов) с физического лица, в частности индивидуального предпринимателя, вполне компенсируется наличием последующего судебного контроля за действиями как налоговых органов, так и органов принудительного исполнения¹. Или, например, по мнению Суда, отсутствие в законодательстве того или другого субъекта Российской Федерации права лица принять участие в выборах высшего должностного лица посредством самовыдвижения компенсируется возможностью выдвижения этого лица политической партией, даже если такое лицо является беспартийным².

В-пятых, в пользу соразмерности некоторого ограничения может свидетельствовать его кратковременное действие, обусловленное событиями экстраординарного характера. Например, по мнению Суда, ограничительное регулирование проведения публичных акций, вводившееся в ряде городов во время спортивных мероприятий FIFA, было «ограничено разумным сроком, сопоставимым с календарными датами проведения спортивных соревнований и учитывающим время выезда иностранных гостей из Российской Федерации»³. Аналогичным образом введение субъектами РФ карантинных мероприятий в связи

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 23.06.2022 № 26-П.

² Определение Конституционного Суда РФ от 14.01.2014 № 7-О.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 29.05.2018 № 1149-О.

с пандемией COVID-19 в отсутствие исчерпывающей федеральной нормативно-правовой базы для этого обосновывалось «временным экстраординарным характером» этой меры, претерпевавшей изменения с улучшением санитарно-эпидемиологической обстановки в том или ином субъекте РФ¹.

В-шестых, требование соразмерности не только не исключает, но и требует смещения баланса интересов в пользу так называемой «слабой стороны», т. е. стороны, имеющей меньше правовых и (или) фактических возможностей влиять на содержание регулируемого правоотношения. Например, справедливо возложение рисков несоблюдения требований к форме и порядку заключения договора банковского вклада не на вкладчика, проявившего разумную осмотрительность, а на кредитную организацию². Кроме того, неосуществление публичным собственником должного контроля за сохранностью выморочного имущества (жилого помещения), включая своевременную регистрацию права на него, может свидетельствовать в пользу недопустимости истребования такого имущества от добросовестного приобретателя — физического лица³.

К предложенным критериям необходимо сделать несколько пояснений. В некоторых случаях ограничение, предположительно, может быть оправдано лишь при наличии нескольких факторов из числа упомянутых в совокупности (например, в названном деле о введении карантина в связи с COVID-19 таковыми факторами были как

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.12.2020 № 49-П.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 27.10.2015 № 28-П.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 22.06.2017 № 16-П.

срочность введенных субъектами РФ мер, так и наличие минимально необходимых исключений из общего запрета на передвижение). И, напротив, можно предположить иные характерные для той или другой категории споров обстоятельства, не названные здесь, но с большой долей вероятности свидетельствующие о соблюдении законодателем принципа соразмерности или, наоборот, о его нарушении. В общем, универсальность предлагаемой автором системы «сигнальных огней» состоит не в том, что она предопределяет решение любой конституционно-правовой коллизии, а в том, что она позволяет зафиксировать типовые для конкретной категории дел подходы к разрешению таких коллизий.

В обычном случае Конституционный Суд РФ оценивает не только обоснованность ограничения, но и его соразмерность (необходимость). Однако в отдельных случаях, касающихся, в частности, политических прав¹, такая оценка либо не проводится вовсе, либо не находит отражения в тексте определения об отказе в рассмотрении жалобы. Например, справедливо обосновывая введенные рядом субъектов РФ запреты на проведение публичных меропр-

¹ Мы придерживаемся узкого подхода к тому, что считать спорами о политических правах, в отличие от авторов, которые, копируя разные классификации американских авторов, исповедуют широкий подход (Григорьев И. С. Трансформация институтов судебной власти в процессе консолидации гибридного политического режима (на примере Конституционного Суда Российской Федерации): дис. ... канд. полит. наук. М., 2017). Нет никаких оснований относить к таким спорам — в одном ряду с вопросами выборов, политических партий, публичных собраний, экстремизма — такие вопросы, как оборот огнестрельного оружия или реабилитация жертв политических репрессий. Последние касаются административно-правовых мер и мер социальной поддержки и не играют никакой роли в российском политическом дискурсе.

ятий в период распространения COVID-19 заботой о жизни и здоровье граждан¹, Суд не оценивал соразмерность такового. Не учитывалось, что запрет распространялся как на коллективные акции, так и на одиночные пикеты, как на мероприятия в помещении, так и под открытым небом, как на запланированные, так и на стихийные акции; не учитывалась возможность использования участниками средств индивидуальной защиты или предъявления ими сертификатов о вакцинации.

Иной пример: допуская отмену решения о приеме лица в российское гражданство в связи с совершением им преступления террористической направленности как обусловленную защитой конституционного строя страны², Суд не исключил обязанности компетентных органов «учесть все конкретные обстоятельства». Осталось неясным, однако, какие именно обстоятельства подлежат учету: период времени, прошедший с момента приобретения лицом гражданства РФ, наличие у него семьи, законно проживающей на территории России, характер его поведения в период отбывания наказания, перспектива остаться лицом без гражданства или что-то иное. В подобных случаях Суд, по существу, применяет стандарт проверки, аналогичный американскому стандарту разумных оснований (*rational basis test*)³, что может быть вызвано разными

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 20.07.2021 № 1680-О.

² Определение Конституционного Суда РФ от 11.02.2021 № 183-О.

³ Этот же тезис озвучивает С. А. Белов, указывая: «Российский Суд при оценке конституционности закона широко применяет не полноценный тест на пропорциональность, а именно критерии разумности (рационального основания), хотя напрямую в его решениях это не сформулировано» (Белов С. А. Разумность и рациональность в конституционном праве // Российский юридический журнал. 2017. № 4. С. 14).

обстоятельствами: деликатностью (остротой) поднимаемых вопросов в тот или иной период времени, наличием или отсутствием необходимых акцентов в жалобе самого заявителя и др.

Впрочем, совершенно очевидно, что невозможно заранее предусмотреть все мыслимые аспекты, в которых ограничение может оказаться несоразмерным (избыточным) в конкретном деле. По нашему мнению, такая оценка должна найти отражение в судебном решении, по крайней мере, в двух случаях. Во-первых, Суд непременно должен оценить доводы о несоразмерности, изложенные в жалобе заявителя; именно поэтому в описательной части решения должна воспроизводиться (и обычно воспроизводится) квинтэссенция позиции заявителя, причем Суд вправе — хотя и не обязан — привести в мотивировочной части опровержение таких доводов¹. Во-вторых, Суд должен дать оценку такой несоразмерности *proprio motu* в том случае, когда она является (явной) очевидной; критерий «очевидности» позволяет перераспределить доказательственное бремя в этом вопросе между заявителем и органом, принявшим оспариваемый акт, поскольку презумпция конституционности в таком случае находится под сомнением². Поскольку же в остальных случаях несоразмерность может не иметь

¹ Согласно пункту 9 части 1 статьи 75 Закона о КС РФ, в решении приводятся «доводы в пользу принятого Конституционным Судом Российской Федерации решения, а при необходимости также доводы, опровергающие утверждения сторон».

² В качестве общего правила «каждая сторона должна доказывать существование тех фактов, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений, в том числе процессуального характера»; использование же правовых презумпций позволяет перераспределить доказательственное бремя (Чирнинов А. М. Указ. соч. С. 95).

явного характера, а жалоба заявителя может не позволять усмотреть ее в конкретном деле, то не исключено возвращение КС РФ к оценке ранее оспоренной нормы в ином, новом аспекте¹.

С учетом изложенного нуждается в корректировке норма Закона о КС РФ о том, что Суд при принятии решения «не связан основаниями и доводами» обращения (часть 3 статьи 74). Вероятно, это справедливо в отношении «правового обоснования со ссылкой на соответствующие нормы Конституции», содержащегося в жалобе (пункт 8 части 2 статьи 37): заявитель не обязан обладать юридическими познаниями или пользоваться услугами профессионального представителя, а Суд не может быть лишен возможности дать иную правовую квалификацию, нежели предложенная заявителем (например, определить ту или другую конституционную природу компенсации государством вреда)². И, напротив, что касается «позиции заявителя по поставленному им вопросу», излагаемой в жалобе (тот же пункт 8), то она обычно касается неконституционности нормы или ее истолкования не вообще, а в конкретном аспекте, а потому Суд действитель-

¹ Ср.: «...в той части, в какой та же норма оспаривается с точки зрения другого аспекта ее содержания и применения, возможность обращаться к ней в конституционном процессе вновь и вновь вообще не вызывает сомнения, хотя, возможно, нуждается в дополнительном осмыслении в контексте связанности Конституционного Суда РФ только предметом оспаривания, а не аргументацией заявителя» (*Сивицкий В.А. Возвращение Конституционного Суда Российской Федерации к оценке конституционности нормы. С. 15*).

² См. наглядную иллюстрацию такой вариативности здесь: «Восстановить справедливость можно не только по вине, но и просто ради права с верой в правду, из положительной ответственности и по милосердию» (мнение судьи К.В. Арановского к Постановлению Конституционного Суда РФ от 10.12.2019 № 39-П).

но не может игнорировать доводы заявителя¹, равно как он не может оценить все мыслимые аспекты такой неконституционности.

Два рассмотренных примера оценки ограничения политических прав интересны еще и тем, что подтверждают предложенное некоторыми авторами выделение двух моделей балансирования: осуществляемого самим Конституционным Судом на более абстрактном уровне, а также «делегированного», т. е. осуществляемого правоприменительными органами в пределах, заданных этим Судом, и являющегося скорее «ситуационным»². В первом случае КС РФ конструирует правило поведения из факторов, которые полагает значимыми для разрешения дела, например: «Сведения о частной жизни, в особенности интимного характера, не могут признаваться общественно значимой информацией только потому, что они касаются публичного (широко известного в обществе) лица, включая представителей творческих профессий»³. В ином же случае Суд задает некий стандарт, в рамках которого правоприменитель обладает изрядной долей усмотрения, например: наличие признаков экстремизма «должно определяться с учетом всех значимых обстоятельств каждого конкретного дела (форма и содержание деятельности или

¹ См. в качестве одного из многих примеров: «Позиция заявителей по запросу, направленному в абстрактном порядке, сформулирована с учетом фактических обстоятельств дела кандидата от политической партии...» (мнение судьи Г. А. Гаджиева к Определению Конституционного Суда РФ от 15.09.2016 № 1742-О).

² *Аничкин Е. С., Рудт Ю. А.* Конституционное балансирование в России: практика и перспективы // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2019. № 5.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 12.02.2019 № 274-О.

информации, их адресаты и целевая направленность, общественно-политический контекст, наличие реальной угрозы... и т. п.)»¹.

Выбор Конституционным Судом одного из двух вариантов балансирования, как представляется, зависит от различных причин: потребность в более единообразном разрешении конкретной категории дел, способность судов корректно применять правовые позиции КС РФ, опасность быстрого устаревания конкретно сформулированных правил и др. Важно, что балансирование, осуществляемое высоким судом самостоятельно, не должно приобретать крайние формы: «Балансирование может сводиться до такого микроскопического, сосредоточенного на деталях, специфического в отношении отдельных фактов решения, что оно не дает никакой информации, которая могла бы быть полезна для будущих дел. <...> Противоположная опасность возникает, если проблема решается на очень высоком уровне обобщения, в этом случае появляется правило настолько широкого охвата, что его действие простирается намного дальше, чем это необходимо для данного дела»². Возвращаясь к тезису, озвученному во 2-й главе настоящей работы, можно отметить, что в первом случае Суд осуществляет нечто вроде «кассационной кассации», которая подспудно предполагает оценку правильности разрешения конкретного дела с участием заявителя с точки зрения конституционных стандартов. Представляется, что именно этот — первый — вариант балансирования, осуществляемого Конституционным Су-

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 28.02.2017 № 463-О и др.

² Шлинк Б. Указ. соч. С. 64.

дом самостоятельно, становится сегодня преобладающим в отечественной конституционно-судебной практике.

«Передача» балансирования Конституционным Судом на правоприменительный уровень также не всегда лишена недостатков: с одной стороны, она позволяет принять взвешенное решение, наиболее точно отражающее обстоятельства конкретного случая, а с другой стороны, расширяет границы административного (судебного) усмотрения, увеличивает риски произвольных решений. Иными словами, принцип соразмерности (вытекающее из него требование индивидуализации ограничительных мер) и принцип формального равенства (вытекающее из него требование правовой определенности и предсказуемости) вступают в этом случае в состояние конкуренции. Иллюстрацией может служить известное дело об особом порядке погребения лиц, погибших в результате пресечения террористического акта¹. Не оценивая сам установленный законом запрет выдавать тела таких лиц их родственникам (сообщать о месте их захоронения), отмечу небезупречность предложенного судьей Г. А. Гаджиевым конституционно-правового истолкования этого запрета как предполагающего принятие соответствующего решения сотрудником правоохранительных органов (при контроле суда) — исходя из принципа соразмерности — в индивидуальном порядке. Предложенные судьей туманные критерии реализации данной ограничительной меры, такие как способность «с большой долей вероятности... привести к разжиганию ненависти... спровоцировать акты вандализма... стать местами культового поклонения... быть использован[ными] в качестве пропа-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 28.06.2007 № 8-П.

ганды идеологии терроризма» и т. п.¹, едва ли привнесли бы в практику больше пользы, чем тотальный (безусловный) запрет.

Приведем в заключение иной, менее рельефный, но также вполне подходящий пример: в определении 2022 года по жалобе СНТ «Холмистое»² Судом рассматривался вопрос о том, должно ли садовое некоммерческое товарищество заключать договор водопользования с целью забора водных ресурсов из водного объекта (озера) для бытовых нужд садоводов. Суд пришел к выводу о том, что данный вопрос в каждом случае должен решаться надзирающими органами и судом исходя из того, не является ли конкретная инфраструктура для подачи воды «сходной по признакам с водопроводной сетью», а объем потребляемых ресурсов — «явно превыша[ющим] объем, объективно необходимый для удовлетворения повседневных нужд». Осознавая несовершенство такой системы критериев и риски судебных споров, Суд вынужден был рекомендовать федеральному законодателю «предусмотреть заранее определенные (нормативные) критерии» решения этого вопроса³ (иными словами, осуществить балансирование на нормативном уровне).

6. С учетом всего изложенного в настоящей главе принцип соразмерности, как он понимается в отечественном конституционном правосудии, может быть сформулирован следующим образом: ограничение конституционного права должно не только отвечать требованию

¹ Мнение судьи Г.А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 28.06.2007 № 8-П.

² Определение Конституционного Суда РФ от 09.06.2022 № 1449-О.

³ Там же.

законности (быть основанным на норме федерального закона), но и соответствовать критериям обоснованности (преследовать правомерную цель и быть потенциально пригодным для ее достижения) и соразмерности (быть строго необходимым для достижения этой цели), не допускающая умаления (отмены) этого права, т. е. лишения его неприкосновенного ядра (основного содержания). В обычном случае используемый КС РФ тест особенно близок американским стандартам проверки ограничений прав, именуемым *heightened scrutiny* (повышенный контроль); при рассмотрении некоторых категорий дел, в частности об ограничении политических прав, подход КС РФ скорее соответствует американскому стандарту *minimum scrutiny* (минимальный контроль).

В литературе предпринималась попытка теоретически обосновать и проиллюстрировать на сравнительно-правовом материале, что тест на пропорциональность (аналогичные техники балансирования интересов) не применим (или применим лишь в порядке исключения) к иным государственно-правовым спорам, нежели споры об ограничении основных прав личности. Так, А. В. Должиков полагает, что «в области государственного права соразмерность должна иметь ограниченное применение. Соразмерность должна использоваться здесь в качестве вспомогательного механизма, когда другие юридические средства разрешения споров о компетенции оказываются неэффективными и лишь при условии признания субъективных публичных прав за публичными образованиями, как в случае с конституционным правом на местное самоуправление... для разграничения компетенции между уровнями власти можно использовать принцип субсидиарности из федерализ-

ма, концепцию сдержек и противовесов, являющуюся частью разделения властей...»¹.

Вместе с тем указанный вывод наталкивается на очевидные возражения: во-первых, если принцип соразмерности мыслится в качестве методологического (или даже более — философского) инструментария разрешения конфликта ценностей, то не ясно, почему та или иная категория конституционно-правовых споров должна быть исключена из сферы его применения. Во-вторых, если мы признаем, что на одном из противоположащих полюсов может находиться условный «публичный интерес», то не ясно, почему таковой не может находиться и на другом полюсе. В любом случае приведенные в настоящей главе примеры из практики ВС США (дела о соблюдении штатами так называемой *Dormant Commerce Clause*) и ФКС ФРГ (дела о делегировании полномочий палаты парламента ее комитету) демонстрируют обратное.

Что же касается споров, случающихся в практике отечественного конституционного правосудия, то идея соразмерности вполне могла бы найти применение в вопросе перераспределения полномочий «снизу вверх» между органами местного самоуправления и органами власти субъектов РФ² или, скажем, в вопросе соотношения полномочий органов законодательной (представительной) и исполнительной ветвей власти в градостроительном процессе³. Посколь-

¹ Должиков А. В. Соразмерность как общеправовой принцип в конституционном правосудии России (на примере основных социальных прав). С. 193. Похожая позиция ранее озвучивалась (впрочем, как небесспорная) здесь: Фосскуле А. Принцип соразмерности. С. 161.

² Например, Определение Конституционного Суда РФ от 24.11.2016 № 2575-О.

³ Например, Определение Конституционного Суда РФ от 04.04.2017 № 593-О.

ку идея федерализма или принцип сдержек и противовесов, соответственно, способны лишь направить решение по определенному руслу, но не способны дать конкретного ответа, требуется определить в каждом случае, что есть «неприкосновенное ядро» местного самоуправления или представительной демократии, не является ли вмешательство в названные ценности необоснованным (бесцельным) либо несоразмерным (избыточным). Как видно, в этих и подобных им случаях и терминологически, и методологически речь идет именно о балансировании конкурирующих ценностей.