

ЦЕНТР КОНСТИТУЦИОННЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РОССИИ: ОСМЫСЛЕНИЕ ОПЫТА

Монография

Под общей редакцией доктора философских наук, профессора
А. Н. Медушевского

Москва • 2022

УДК 342.565.2(470+571)
ББК 67.400.1(2Рос)
К85

Авторский коллектив:

д-р филос. наук, проф. *Медушевский А. Н.* (введ.); д-р юрид. наук *Гриценко Е. В.* (гл. 1); канд. юрид. наук *Кененова И. П.* (гл. 2); канд. юрид. наук *Должиков А. В.* (гл. 3, 4, 8, 9); канд. юрид. наук *Кряжкова О. Н.* (гл. 5, 6); канд. юрид. наук *Дудко И. А.* (гл. 5, 6); канд. юрид. наук *Болдырев О. Ю.* (гл. 7); канд. ф. наук *Соболева А. К.* (гл. 8, 9); д-р юрид. наук *Джагарян А. А.* (гл. 10); д-р юрид. наук *Алебастрова И. А.* (гл. 11); канд. юрид. наук *Евсеев А. П.* (гл. 12); д-р юрид. наук *Троицкая А. А.* (гл. 13), канд. юрид. наук *Храмова Т. М.* (гл. 13); д-р филос. наук *Медушевский А. Н.* (гл. 14, 15); д-р юрид. наук, проф. *Морщакова Т. Г.* (послесл.).

Рецензенты: *Митюков М. А.*, кандидат юридических наук, профессор;
Морщакова Т. Г., доктор юридических наук, профессор;
Соломон-мл. П., Ph.D., профессор (Канада).

К85 **Конституционный Суд России: осмысление опыта** : монография / Медушевский А. Н., Гриценко Е. В., Кененова И. П. [и др.] ; под общ. ред. А. Н. Медушевского — Москва : Центр конституционных исследований, 2022. — 650 с.

ISBN 978-5-6047474-0-7

Первый обобщающий труд о Конституционном Суде России за всё время его существования: от создания этого института в 1991 году и его трансформации в 1994 году, до конституционной реформы 2020 года.

Авторы рассматривают историю, этапы развития, место Суда в правовой и политической системе, эволюцию его доктринальных позиций и меняющийся вклад в формирование российского конституционализма. В центре внимания — сравнительное изучение российского конституционного правосудия, периодизация развития Суда с учётом изменений его правового статуса, структуры и состава; правовые позиции, типология решений, применяемые методы конституционной интерпретации и способы аргументации, а также исполнение решений и их влияние на эволюцию конституционного строя. Раскрывая место Конституционного Суда в системе разделения властей, авторы анализируют его вклад в развитие основных конституционных принципов, соотношение права и политики в деятельности суда, основы легитимности его резонансных решений в обществе. Специальное внимание обращается на неоднозначный вклад новейших конституционных поправок в изменение статуса, полномочий и роли Суда в политико-правовой системе. Рассмотрение Конституционного Суда в длительной перспективе позволяет показать, что его эволюция вписывается в циклическую динамику российского конституционализма и политической системы, отражая её сдвиг в сторону авторитаризма.

Адресовано как юристам, так и специалистам по другим гуманитарным дисциплинам, общественным деятелям, политикам, студентам и преподавателям университетов.

УДК 342.565.2(470+571)
ББК 67.400.1(2Рос)

© Коллектив авторов, 2022
© Центр конституционных исследований, 2022

ISBN 978-5-6047474-0-7

Глава 9

Специальные техники толкования и принятие судом решения в ситуации конфликта конституционных интересов

1. Конформное толкование

В ряде случаев, когда толкуются не положения самой конституции, а нормы отраслевого законодательства, конституционность которых требуется проверить, конституционным судам может потребоваться обращение к различным законодательным актам, чтобы сравнить, в каких значениях в них используются одинаковые слова и термины, выбрать варианты толкования, наиболее полно сообразующиеся с духом и буквой Конституции, и обеспечить их согласованное толкование в правоприменительной практике. Под влиянием германского государственоведения для данного приёма иногда используется термин «конституционное конформное толкование» — его можно обнаружить, в частности, в научных работах и особых мнениях судьи Г.А. Гаджиева¹. Сама германская доктрина конституционно конформного толкования связывается со взглядами К. Хессе², в русскоязычном издании учебника которого именно так был переведён немецкий термин *Die verfassungskonforme Auslegung*³. Хотелось бы обратить внимание, что в немецком языке прилагательное «konform» означает «единообразный, одинаковый, конформный», а однокоренное наречие переводится как «согласно, соответственно»⁴, что позволяет предложить ещё один вариант для перевода термина на русский — «согласованное толкование». Такой перевод более понятно передаёт тот смысл, который вкла-

¹ Гаджиев Г.А. Об особенностях конституционно-правового истолкования норм гражданского права // Закон. 2009. № 9. С. 54–57, 57. См. также: особое мнение судьи Г.А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2011 года № 29-П // СЗ РФ. 2012. № 2. Ст. 397.

² См.: Spanner H. Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts // Archiv des öffentlichen Rechts. 1966. Bd. 91. H. 4. S. 503–536; Voßkuhle A. Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte — Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung // Archiv des öffentlichen Rechts. 2000. Bd. 125. H. 2. S. 177–201.

³ См.: Хессе К. Основы конституционного права ФРГ / пер. с нем. Е.А. Сидоровой; под ред. и со вступ. ст. Н.А. Сидорова. М.: Юрид. лит., 1981. С. 54–57.

⁴ Большой немецко-русский словарь / авт.-сост. Е.И. Лепинг, Н.И. Филичева, М.Я. Цвиллинг; под рук. О.И. Москальской. 12-е изд.: в 2 т. Т. 1. М.: Дрофа, 2010. С. 1022.

дывается в термин *Die verfassungskonforme Auslegung* в немецкой правовой традиции: «единообразное, гармоничное толкование»⁵.

Конституционное конформное толкование хотя и тесно связано с внешним системным толкованием, но отличается от него по цели: при внешнем системном толковании дефиниции из отраслевого законодательства используются для уяснения смысла слов и терминов, которые не содержат определений в самой Конституции или законах, проверяемых на конституционность. Анализ отраслевых дефиниций или контекста, в котором неопределённые слова и фразы конкретизированы, является лишь первым этапом в попытке прояснить значение слов, которые могут иметь (а могут и не иметь) одинаковое значение в разных нормативных актах. Конституционное конформное, или согласованное, толкование имеет иную цель: обеспечить единообразное понимание терминов и понятий в Конституции и отраслевом законодательстве, не вторгаясь при этом в компетенцию законодательного органа, к которому органы конституционной юстиции проявляют должное уважение исходя из его добросовестности.

Подробную характеристику конституционного конформного толкования можно найти в практике Федерального конституционного суда Германии. Следует обратить внимание, что, прибегая к данному способу, Федеральный конституционный суд отмечает его субсидиарный характер и считает его допустимым лишь в случае неэффективности других, классических способов: следует исходить из идеи уважения законодателя и не выходить за отведённые суду пределы. Как подчёркивается в решении от 14 октября 2008 года, «из основополагающей презумпции конституционности закона следует требование в случае сомнения толковать закон в согласовании с Конституцией [verfassungskonform]... Однако это применимо только в том случае, если с учётом буквального смысла, истории принятия, общего контекста и цели возможны несколько значений соответствующей нормы, из которых по крайней мере одно приводит к согласованному с Конституцией результату... С учётом буквального смысла... истории принятия... и целей закона... конституционно-согласованное толкование приобретает свои пределы. Обычное понимание, противоречащее чётко выраженной воле законодателя, также не может быть обосновано по-

⁵ Следует отличать этот тип толкования от того, который в англоязычной литературе обозначается термином «контекстно-гармонизирующее», предложенным Робертом Саммерсом и Мишелем Таруффо (*Summers R. S., Taruffo M. Interpretation and Comparative Analysis // Interpreting Statutes: A Comparative Study / ed. by N. MacCormick, R. S. Summers. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1991. P. 464–465; Соболева А.К.* Топическая юриспруденция: аргументация и толкование в праве. М.: Добросвет, 2002. С. 104). То, что обозначается Саммерсом и Таруффо термином «контекстно-гармонизирующее толкование», было рассмотрено выше в главе 7 в разделе «внутреннее системное толкование».

средством конституционно согласованного толкования... В противном случае Федеральный конституционный суд предрешал бы политико-правовое решение законодателя, обладающего демократической легитимностью»⁶. Конституционный Суд России, не желая подменять законодателя, также устанавливает пределы толкования: «Если исключая друг друга варианты толкования одной и той же нормы, продиктованные, помимо прочего, различиями в ее понимании при сопоставлении с другими нормами, оказываются не лишены разумного юридического обоснования, укладывающегося в конституционные рамки законодательного усмотрения, а единая судебная практика применения нормы не сформирована, что не позволяет уяснить ее подлинное содержание даже с помощью обращения к конституционным целям и принципам, то наиболее корректным, если не единственно возможным способом выявления реального содержания и значения правового регулирования является — во исполнение принципа разделения властей... — законодательное уточнение нормативных положений»⁷.

В российском конституционном правосудии конформное, или согласованное, толкование применяется в первую очередь для обеспечения соответствия между нормами Конституции и отраслевого законодательства — на практике предметом обжалования в порядке конституционного судопроизводства чаще всего выступает закон. Такое толкование часто помогает сгладить потенциальные разногласия между Конституционным Судом и Федеральным Собранием, поскольку позволяет мягко критиковать закон, не признавая его при этом неконституционным, но одновременно указывая правоприменителю желаемое направление. Исходя из презумпции добросовестности законодателя, судьи Конституционного Суда предпочитают воздерживаться от признания парламентских решений неконституционными, ограничиваясь выявлением конституционно-правового смысла спорных законоположений. Раскрывая значение конформного толкования, Конституционный Суд России неоднократно подчёркивал, что выявленный конституционно-правовой смысл отраслевых норм является общеобязательным и исключает любое иное их истолкование в правоприменительной практике, а правоприменительные решения по делам заявителей, основанные на отраслевых нормах, истолкованных не в соответствии с их конституционно-правовым смыслом, подлежат пересмотру в установленном порядке, если для этого нет иных препятствий (Опреде-

ление от 11 ноября 2008 года № 556-О-Р)⁸. Особенно часто данный способ применяется в случае обжалования не самой буквы закона, а его интерпретации в правоприменительной практике. Справедливо в этой связи наблюдение судьи С. Д. Князева, что частое использование такого метода конституционной юстицией вызвано не столько законом, сколько его правоприменительной интерпретацией, вместо вердикта о неконституционности суд определяет конституционно-правовое содержание проверяемой нормы и силой судебного акта делает его обязательным, прежде всего для публичной власти. Иначе говоря, Конституционный Суд признает закон условно соответствующим конституционным положениям и впредь обязывает всех следовать определенному варианту его истолкования, при том что отступление от него чревато нарушением Конституции. Это позволяет Суду, в частности, избегать создания законодательных пробелов и не вступать — даже в режиме временного регулирования — в пределы законодательной власти⁹.

Точку в споре о допустимости использования данного приёма толкования в конституционном правосудии поставили сам законодатель в 2016 году¹⁰, а затем и конституционные поправки 2020 года¹¹. В результате этих поправок не только получила нормативное оформление сложившаяся *de facto* практика выявления конституционного смысла законов, но и была повышена легитимность процесса взаимодействия Конституционного Суда РФ с представительными органами власти и иными судами.

На первый взгляд, приём, когда конституционная юстиция не прибегает к нуллификации законоположений, обеспечивает гармоничное состояние российской правовой системы. Однако широкое применение такой методологии несёт серьёзные риски. Попытка посредством такого толкования сгладить разницу между тем объёмом конституционных прав, который гарантирован положениями Конституции, и тем уменьшенным объёмом, который они приобрели при так называемой конкретизации законодателем (в том числе при установлении законодателем трудноисполнимого порядка реализации провозглашённых прав), не исключает постепенного установления Конституционным Судом такого порядка правового регулирования, который будет полностью поддерживать позицию парламентского большинства. В каком-то смысле такая практика является фор-

⁸ СЗ РФ. 2008. № 48. Ст. 5722.

⁹ См.: Князев С. Д. Конституционный Суд в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 5–13, 9.

¹⁰ См.: Федеральный конституционный закон от 28 декабря 2016 года № 11-ФКЗ.

¹¹ См.: часть 6 статьи 125 Конституции РФ от 12 декабря 1993 года (с изм. от 14 марта 2020 года).

⁶ Beschluß des Ersten Senats vom 14. Oktober 2008, 1 BvR 2310/06 [Beratungshilfe] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 2009. Bd. 122. S. 60.

⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 17 ноября 2020 года № 47-П. См. также постановления от 30 марта 2018 года № 14-П, от 23 июня 2020 года № 28-П и другие.

мой выражения согласия с законодательной ветвью власти и, безусловно, вызывает вопросы с позиции принципа разделения властей. Конституционный смысл законоположений, выявляемый судьями, в силу снижения реального веса конституционной юстиции в политической системе будет попросту игнорироваться правоприменителями в ежедневной административной и судебной практике. В силу этого согласованное с Конституцией, или конформное, толкование может служить как для гармонизации отраслевого законодательства с конституционными нормами, так и для легитимизации негативной трансформации политической системы при формальном сохранении верховенства Конституции. Кроме того, такое толкование имеет значительные риски с процессуальной точки зрения в случае неблагоприятного для заявителя решения Конституционного Суда: в случае отказа в допустимости обращения или неудовлетворенности результатами разбирательства у заявителя отсутствует возможность обратиться к иным внутригосударственным средствам юридической защиты. Невозможность оспорить выявленный смысл внешних по отношению к тексту Основного Закона правоположений требует осмотрительности в применении Конституционным Судом подобного подхода.

2. Правовые доктрины и теории в практике конституционного толкования

Для понимания и толкования принципов, понятий и концепций Конституционные Суды, включая российский, иногда обращаются к научным источникам, текстам экспертиз и заключениям третьей стороны (так называемым мнениям друзей суда, или *amicus curiae*). Обращение к доктринам, концепциям и теориям в качестве аргумента следует отличать от доктринального толкования, под которым в теории права понимают один из видов неофициального толкования, представленного в комментариях к законодательству, монографиях, научных статьях или публичных выступлениях учёных.

Обращение к доктринам, концепциям и теориям в практике конституционных судов встречается не очень часто, поскольку научные и социальные теории никогда не могут пониматься всеми единообразно и всеми без исключения разделяться. Особенно показательным в этом плане является обращение к доктринам разделения властей, правового государства и суверенитета. Используя одну и ту же доктрину, можно двигаться в совершенно противоположных направлениях.

В практике российского Конституционного Суда обращение к научным теориям и концепциям носит скорее ритуальный характер, поскольку используется не для толкования текста, то есть уяснения его смысла, а для

обоснования уже сформировавшейся позиции, как, например, в следующем случае: «Права человека, являясь естественными и неотъемлемыми, определяют смысл, содержание и применение законов... Введение жестко ограниченного по объему понятия вновь открывшихся обстоятельств, позволяющих возобновить уголовное дело, по существу освобождает государство от обязанности обеспечивать приоритетную защиту прав и свобод в случаях судебных ошибок, не выявленных в обычном надзорном порядке, и ограничивает право каждого защищать свои интересы в таких ситуациях всеми не запрещенными законом способами (статья 45, часть 2, Конституции Российской Федерации)»¹². В следующем примере в правовом рассуждении используется обращение к концепции парламентского иммунитета — оно потребовалось для решения, соответствует ли конституционному принципу равенства особый порядок привлечения депутатов к уголовной ответственности. Такой порядок, по признанию суда, «составляет одну из существенных черт парламентского иммунитета», который «по своей природе... предполагает наиболее полную защиту депутата при осуществлении им собственно депутатской деятельности (реализации депутатских полномочий, выполнении депутатских обязанностей). Его нельзя привлечь к уголовной или административной ответственности за высказанное мнение, позицию, выраженную при голосовании, и другие действия, соответствующие статусу депутата... ..Законодатель, однако, не может игнорировать общий смысл и цели этого правового института, а также не учитывать его место в системе норм Конституции Российской Федерации. ...Неприкосновенность парламентария не означает его освобождения от ответственности за совершенное правонарушение, в том числе уголовное или административное, если такое правонарушение совершено не в связи с осуществлением собственно депутатской деятельности. Расширительное понимание неприкосновенности в таких случаях вело бы к искажению публично-правового характера парламентского иммунитета и его превращению в личную привилегию, что означало бы, с одной стороны, неправомерное изъятие из конституционного принципа равенства всех перед законом (статья 19, часть 1), а с другой — нарушение конституционных прав потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью (статья 52)».

Наиболее часто конституционные суды ссылаются на доктрину разделения властей. Например, Федеральный конституционный суд Германии обращается к ней не только для интерпретации относящихся к делу статей Основного закона, но и для обоснования конституционности предприня-

¹² Постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1996 года // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1996. № 2. С. 7.

тых канцлером Колем и президентом Карстенсом политических действий. Решение по «Делу о роспуске парламента», принятое в 1984 году, в котором подробно анализируются нюансы доктрины, содержит целых 116 страниц и подтверждает истину, что апелляция к политико-правовым доктринам неразрывно связана с текущей политической ситуацией и может привести к самым разным решениям в зависимости от того, какая ситуация стоит за аргументацией суда. Конституционный Суд России тоже неоднократно обращался к доктрине разделения властей, о чём уже писалось выше.

В решениях Верховного суда США встречается апелляция к доктрине естественного права — например, в деле Бойда¹³ он ссылается на неё как на источник законов, независимый от человеческого правительства.

На доктрины и принципы иногда ссылаются судьи в особых мнениях, как, например, судья Г. А. Гаджиев: «Правовой принцип *in dubio contra fiscum* представляет собой проявление в налоговом законодательстве конституционного принципа законного установления налогов и сборов (статья 57 Конституции Российской Федерации), в силу которого налоговые органы могут действовать в сфере налогообложения только в тех пределах, в том объеме налоговой нагрузки, которая установлена законом, т. е. актом, принятым с соблюдением демократических процедур»¹⁴.

3. Рассуждение по аналогии

Аналогией в технике аргументации называется «рассуждение или утверждение от сходных случаев»¹⁵. Чаще всего оно применяется в странах с прецедентной системой права, поскольку позволяет доказывать или опровергать, применим ли прецедент к рассматриваемому делу. Рассуждение по аналогии может применяться и при буквальном толковании, и при расширительном толковании, поскольку его можно использовать для обоснования диаметрально противоположных положений. При обращении к прецедентам аналогия строится на реальных ситуациях, бывших предметом рассмотрения суда, но она может строиться и на ситуациях вымышленных — и в таком случае используется как риторический приём, который красноречиво показывает абсурдность каких-либо доводов либо, наоборот, делает их кристально прозрачными и лёгкими для восприятия за счёт наглядности. Аналогия — оружие обоюдоострое. В риторике к ней

сложилось противоречивое отношение, поскольку она хотя и является логической операцией, одновременно является и риторическим тропом, так как связана с переносом признаков с одного предмета на другой. При правильном построении аналогической аргументации два понятия или предмета должны быть подобны, то есть сравнимы. В случае некорректно построенной аналогии, когда сравнивается несравнимое или нетождественное, заметить ошибку и выстроить контраргументацию иногда бывает довольно сложно: аналогия компактна, она воздействует на читателя не через систему умозаключений, а через образ, в ней нет развёрнутой мотивировки. Когда аналогия используется не в дебатах, а для обоснования принятого решения, то неискушённый читатель может не заметить подмены. Поскольку аналогия является риторическим приёмом с большой убеждающей силой, она чаще используется в особых мнениях судей, чем в постановлениях судов, которые видят свою задачу не в том, чтобы убедить, а в том, чтобы привести мотивы своего решения.

Как приём толкования аналогия может применяться при попытках логическим путём установить смысл неопределённого или неясного положения текста. Конституционный Суд России использовал рассуждение по аналогии в решении от 31 октября 1995 года, когда ему предстояло дать ответ на вопрос, как должен называться документ, содержащий поправку к конституции. Суд исходил из того, что данный акт не аналогичен федеральному закону, так как в отличие от него не требует промульгации Президентом; он не аналогичен и федеральному конституционному закону, так как последний может быть принят только по вопросам, специально установленным статьёй 136 Конституции, а поправка может быть принята по любому вопросу. Суд пришёл к заключению, что, следовательно, это должен быть какой-то особый правовой акт, и решил назвать его Законом РФ о поправке к Конституции РФ¹⁶.

Аналогия как способ рассуждения используется и в особом мнении судьи Г. А. Гаджиева по уже упоминавшемуся делу о том, считать ли половину перешедших жене по наследству акций существовавшим ранее совместным имуществом: «Предположим, что супруг И. А. Астаховой продал бы 5 128 акций в 1999 году. Имел ли он возможность, не прибегнув к изменению законного правового режима общего супружеского имущества, без раздела общей совместной собственности на этот пакет акций, без заключения брачного контракта (т. е. введя договорный режим имущества супругов), разбить доход от продажи акций на две равные части

¹³ United States Supreme Court. *Boyd v. United States*, 116 US 616 (1886).

¹⁴ Особое мнение судьи Г. А. Гаджиева по Определению Конституционного Суда РФ от 2 ноября 2006 года № 444-О // СЗ РФ. 2007. № 2. Ст. 407.

¹⁵ *Lanham R. A. A Handlist of Rhetorical Terms*. 2nd ed. Berkeley, CA : University of California Press, 1991. P. 10.

¹⁶ Оценив изящество аргументации по аналогии, заметим всё же, что вряд ли установление жанров нормативно-правовых актов должно входить в компетенцию Конституционного Суда.

по 120 000 руб. и не уплачивать налог на доходы физических лиц вообще, поскольку этот доход на каждого супруга не превышает 125 000 рублей? Очевидно, что это было бы невозможно. Следовательно, слова “в собственности налогоплательщика” в подпункте 1 пункта 1 статьи 220 Налогового кодекса Российской Федерации находятся в системной связи с нормами Гражданского кодекса Российской Федерации и Семейного кодекса Российской Федерации, устанавливающими, что переход акций, являющихся общим супружеским имуществом, “в собственность налогоплательщика” возможен только при наличии таких юридических фактов, как раздел самими супругами общего имущества или заключение брачного контракта, что не может быть сделано никаким правоприменительным органом применительно к отношениям, существовавшим в прошлом, т. е. ретроспективно»¹⁷.

Рассуждение по аналогии — излюбленный приём в практике Верховного суда США. Выше уже упоминалось дело *Katz*¹⁸, в котором агенты ФБР установили электронный «жучок» на крыше будки телефона, утверждая, что при этом они не нарушили Четвёртую поправку к Конституции США, поскольку телефонная будка не является «жилищем», «не было физического проникновения на площадь, занятую истцом», а речь, которую подслушали, не может быть отнесена к «личности, жилищу, бумагам и имуществу». Однако суд решил истолковать текст поправки расширительно, проведя аналогию между перечисленными в поправке объектами и не перечисленными и указав, что всё, что человек «хочет сохранить как частное, даже на территории, доступной публике, может быть охраняемо Конституцией». Суд отверг довод правительства, что будка была стеклянной и, следовательно, человек мог ожидать, что его видят: «То, чего он старался избежать, когда вошёл в будку, было не подсматривающее око — это было незваное ухо... Тот, кто заходит в неё, закрывает дверь и опускает монету, которая позволяет сделать звонок, определённо вправе предполагать, что слова, которые он произносит в трубку, не станут всеобщим достоянием. Читать Конституцию более узко — значит пренебрегать той жизненно важной ролью, которую публичный телефон стал играть в частном общении».

Аргументация по аналогии используется конституционными судами в дополнение или даже вместо дедуктивной модели толкования. В англоязычной доктрине обычно этот тип аргументов считается основным в

юриспруденции и касается доктрины судебного прецедента¹⁹. Это и понятно — ведь обращение к прежним судебным решениям для разрешения нового спора сводится к обоснованию сходства и различия между ними. Однако некоторые американские исследователи подчёркивают недопустимость отождествления аналогии исключительно с вопросами прецедента²⁰.

В российской доктрине аналогия права в силу прямо нормативного признания (запрета)²¹ считается одним из средств устранения пробелов в законодательстве²². Такое использование аналогии во многом является способом преодоления крайнего позитивизма, а по сути, является камуфляжем судейского нормотворчества. Поэтому сама по себе методология аналогии в континентальной традиции отличается от привычной механической юриспруденции. В этой связи можно согласиться с выводами Зденека Кюна (*Zdeněk Kühn*) о трансформации судебного стиля: «Мы можем выявить определённую тенденцию от использования дедуктивной логики к дискурсивной аргументации; от закрытой к более “открытой” форме судебного мышления; от тенденции простого авторитета судебного органа к диалогическому выбору между несколькими возможными альтернативами»²³. Подобная тенденция в общем праве может быть не понятна. В постсоциалистическом контексте её понимание представляется важным. Если судья при вынесении решения делает выбор из различных альтернатив, обращается к образным сравнениям или сравнительно-правовым материалам, это по крайней мере показывает его значительную свободу действия. При использовании аргументов по аналогии судья не может мыслиться «не более как уста, произносящие слова закона»²⁴.

В конституционном правосудии в силу абстрактности принципов и норм Основного закона судьи чаще отступают от дедуктивного метода,

¹⁹ См.: *Sunstein C.R.* On Analogical Reasoning // *Harvard Law Review*. Vol. 106. 1993. No. 3. P. 741–791.

²⁰ См.: *Schauer F.* Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy // *Perspectives on Psychological Science*. Vol. 3. 2008. No. 6. P. 454–460.

²¹ См.: пункт 1 статьи 6 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть I) от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ (в ред. от 12 мая 2020 года) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; часть 2 статьи 3 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (в ред. от 8 июня 2020 года) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

²² См.: *Хачатуров Р.Л.* Аналогия в праве // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. 2009. № 5. С. 129–132.

²³ *Kühn Z.* Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 52. 2004. No. 3. P. 531–567, 538.

²⁴ *Монтескье Ш.Л. де.* О духе законов // *Монтескье Ш.Л. де.* Избранные произведения / общ. ред. и вступ. ст. М. П. Баскина. М.: Госполитиздат, 1955. С. 297.

¹⁷ Особое мнение судьи Г.А. Гаджиева по Определению от 2 ноября 2006 года № 444-О // СЗ РФ. 2007. № 2. Ст. 407.

¹⁸ *United States Supreme Court. Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

переходя от субсумции (квалификации фактов) к аналогии или даже внеправовым на первый взгляд формам диалога. В связи с этим российские исследователи совершенно справедливо замечают, что обращение к аналогии в конституционном правосудии не только имеет отношение к проблеме прецедента, но и касается использования иностранной судебной практики²⁵. Представленное мнение акцентирует внимание только на форме права, но хотелось бы подчеркнуть и содержательные вопросы такой аргументации. Обоснование по аналогии означает поиск и оценку имеющихся в распоряжении законодателя альтернативных средств: источником аналогии могут быть наряду со сравнительно-правовыми материалами ещё и нормы международного права, а также отраслевые институты. По результатам сравнения сходства и различия аналогичных средств могут быть отобраны менее обременительные альтернативы. Результатом такого обоснования по аналогии являются, как правило, рекомендованные судом законодателю меры, которые тот может использовать взамен чрезмерного или недостаточно эффективного решения, признанного неконституционным.

Методологический приём обоснования по аналогии частично устраняет недостаток эмпирической основы в судебной деятельности. По мнению Эвы Бремс (Eva Brems) и Лоуренса Лаврисена (Laurens Lavrysen), вопрос о наименее обременительном средстве является чисто гипотетическим. «Может быть очень сложно установить, — подчёркивают бельгийские исследователи, — является ли альтернатива менее ограничивающей, особенно потому, что... она включает в себя сравнение *in concreto* преимуществ и недостатков альтернативных средств, которые по определению в действительности ещё не были одобрены»²⁶. Поэтому аргументация по аналогии исключает чисто спекулятивное рассуждение и основывается на состоявшемся чужом юридическом опыте. Хотя подобное устранение эмпирической проблемы в конституционном правосудии требует внимательности к вопросу об относимости иностранного юридического опыта. Используемые для аналогии правовые средства должны быть адекватны российскому социально-политическому контексту и особенностям правовой традиции.

4. Аргументация и контраргументация *ad absurdum*

В теории аргументации, для того чтобы показать несостоятельность доводов противоположной стороны, часто используются аргумент *reduction ad absurdum* (доведение до абсурда)²⁷ и аргумент замещения. Аргумент «от абсурдного» состоит в доказательстве противоречия между тезисом и имеющимися аргументами²⁸, которое достигается путём утрирования, иногда доходящего до высмеивания. В судебной практике ссылки на абсурдность результатов, к которым может привести предложенное толкование нормы, обычно используется в контраргументации. В контраргументации часто встречается также критика аргумента замещения — манипулятивного и нечестного по своей природе, поскольку при его употреблении истинные цели «замещаются» иными, мнимыми. В данном случае контраргументация состоит в демонстрации разрыва между публично заявленными и скрытыми намерениями законодателя либо интерпретатора, между целью и предпринимаемыми для её достижения средствами.

В системе общего права судьи могут признать неконституционным закон по причине его «вопиющей неразумности» (англ.: *gross unreasonableness*), хотя английские суды обычно не ставят под сомнение разумность государственных решений, в силу чего заявителям бывает сложно доказать неразумность законодательных актов. По образному выражению лорда Генри (Henry Brooke), оспаривая разумность, «заявителю нужно забраться на гору... Решения тогда неразумны, когда обоснование вмешательства словно начинает атаковать вас со страницы»²⁹. Тем самым при восприятии рассматриваемой доктрины важно учитывать особый контекст английского права, который характеризуется децентрализованной моделью судебного контроля и устойчивыми традициями парламентаризма. В данном случае речь идёт об абсурдности результата применения закона в его буквальном толковании, а не об использовании аргумента «доведения до абсурда» как риторического приёма для придания убедительности своей позиции.

В континентальном праве разумность законодательства также редко ставится под сомнение органами конституционного правосудия. Исключения составляют случаи вопиющей абсурдности законодательства, когда

²⁵ См.: *Блохин П. Д.* Обоснование по аналогии в конституционно-правовых спорах // Аргументация в праве и морали: коллективная моногр. / под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2018. С. 212–224, 222.

²⁶ *Brems E., Lavrysen L.* “Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut”: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights // *Human Rights Law Review*. Vol. 15. 2015. No. 1. P. 139–168, 143.

²⁷ См.: *Bustamante T.* On the argumentum ad absurdum in statutory interpretation: Its uses and normative significance // *Legal argumentation theory: Cross-disciplinary perspectives* / ed. by Ch. Dahlman, E. Feteris. Dordrecht: New York: Springer, 2013. P. 21–43.

²⁸ См.: *Ивлев Ю. В.* Основы логической теории аргументации // *Логические исследования*. 2003. № 10. С. 50–60, 59.

²⁹ *England and Wales High Court (Queen’s Bench Division). R. v. Lord Chancellor, ex parte Maxwell.* Judgement of 19 June 1996 // *Weekly Law Reports*. Vol. 1. 1997. P. 104.

вмешательства в конституционные права не имели никакого разумного объяснения. Одним из редких примеров в практике конституционной юстиции Германии является дело, которое касалось охотничьего билета о праве соколиной охоты (нем.: *Falknerjagdschein*). Не отрицая легитимности сохранения популяции птиц как цели регулирования соколиной охоты, Федеральный конституционный суд, однако, не обнаружил взаимосвязи между этой целью и требованиями к квалификации охотников. По мнению Суда, «недостаток регулирования состоит в том, что требуемые доказательства владения оружейными технологиями и навыками не связаны ни с содержанием хищных птиц, ни с практикой охоты... Если для получения разрешения требуются знания и навыки, не связанные с планируемой деятельностью, это противоречит принципу соразмерности... Для такой охоты не требуются знания и навыки обращения с оружием. Особенность этого вида охоты заключается в том, что не применяется огнестрельное оружие, а используется хищная птица как «орудие»³⁰. Значит, указание на абсурдность сложившейся ситуации уместно для оценки соотношения между заявленной желаемой целью и выбранными для её достижения законодательными средствами.

В практике Конституционного Суда РФ сформирован общий критерий разумности³¹ или разумной соразмерности законодательства³². Согласно неоднократно выраженной правовой позиции «федеральный законодатель располагает определенной свободой усмотрения, что, однако, не освобождает его от обязанности соблюдать вытекающее из Конституции Российской Федерации требование разумной соразмерности между используемыми средствами и поставленной целью, с тем чтобы не допустить такого ограничения указанных прав, которое затрагивало бы самое их существо»³³. Очевидно, что смысл критерия «разумности» не является в использованном выше значении противопоставлением «абсурдности», поскольку «разумность» понимается как «соразмерность», а не как правильность, желательность или допустимость.

³⁰ Beschluß des Ersten Senats vom 5. November 1980, 1 BvR 290/78 [Falknerjagdschein] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE). 1981. Bd. 55. S. 159, 166. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv055159.html> (дата обращения: 01.12.2020).

³¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2018 года № 12-П // СЗ РФ. 2018. № 14. Ст. 2027.

³² См.: Постановления Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2010 года № 8-П, от 1 марта 2012 года № 5-П, от 20 мая 2014 года № 16-П, от 11 ноября 2014 года № 28-П, от 16 июля 2020 года № 37-П // СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2276; 2012. № 11. Ст. 1366; 2014. № 22. Ст. 2920; 2014. № 47. Ст. 6632; 2020. № 30. Ст. 5000 и другие.

³³ Постановление Конституционного Суда РФ от 6 апреля 2006 года № 3-П // СЗ РФ. 2006. № 16. Ст. 1775.

Хотя в практике конституционного правосудия указание на абсурдность предложенных законодателем мер иногда встречается, оно не имеет прикладного значения. Доводы об абсурдности законодательства чаще всего приводятся отдельными конституционными судьями в особых мнениях. Большинство примеров находим в числе так называемых сложных дел, в которых затрагивались политически чувствительные вопросы (невыдача тел террористов³⁴, предвыборная агитация³⁵, гарантии независимости судей Верховного Суда РФ и областных судов³⁶, запрет КПСС³⁷ и другие).

Для контраргументации чаще применяется аргумент замещения, который состоит «в отрицании одного или нескольких мотивов как реального основания принятия решения и в подстановке на их место мотивов, которые представляются более совместимыми с содержанием и последствиями решения»³⁸. Примером, который датируется 2009 годом и является характерным выражением исчезающей сейчас идеологии судейского активизма, может служить аргумент, взятый из особого мнения судьи А. Л. Кононова к Определению от 2 апреля 2009 года № 484-О-П³⁹. Дело касалось запрета проведения публичного мероприятия в том случае, если организатору не удалось согласовать с властями изменение его места или времени. А. Л. Кононов, оценивая законодательство о митингах и практику его применения, подчеркнул следующее: «Поскольку какие-либо правила, критерии и конкретные требования к мотивам в законе отсутствуют — любой повод и предлог отвечает условию мотивированности. Уже материалы жалоб показывают, насколько заведомо избыточно и порой абсурдно исполнительная власть и судебные органы выдвигают и оправдывают такого рода мотивы. Так, органы публичной власти легко запрещают проведе-

³⁴ См.: особое мнение судьи А. Л. Кононова к Постановлению Конституционного Суда РФ от 28 июня 2007 года № 8-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2007. № 4.

³⁵ См.: особое мнение судьи А. Л. Кононова к Постановлению Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 года № 15-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2003. № 6; особое мнение судьи Н. С. Бондаря к Постановлению Конституционного Суда РФ от 14 ноября 2005 года № 10-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2006. № 1.

³⁶ Особые мнения судьи Б. С. Эбзеева к определениям Конституционного Суда РФ от 11 марта 2005 года № 3-О и № 148-О // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2005. № 5.

³⁷ См.: особое мнение судьи Б. С. Эбзеева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 30 ноября 1992 года № 9-П // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³⁸ Волков А. А. Основы русской риторики. М.: Изд-во филологического факультета МГУ, 1996. С. 329.

³⁹ См.: Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2009. № 6.

ние мероприятий под предлогом возможного проведения ремонта дорог и коммуникаций, высокой посещаемости мест проведения митингов и демонстраций, аварийного состояния культурных объектов и угрозы их сохранности и даже наличия обращения церковного иерарха о деструктивности проводимого мероприятия. Имеются также примеры, когда органы публичной власти заведомо создают подобные мотивы для запрета митингов и манифестаций, инициируя проведение в то же время и в том же месте иных публичных акций. Таким образом, требование мотивировать предложение органа публичной власти об изменении времени и места проведения мероприятия не предоставляет никаких гарантий реализации права мирных собраний и фактически используется как предлог для их запрещения». В приведённом примере судья А. Л. Кононов показал, что доводы органов власти, содержащиеся в их письменных отказах согласовать публичные мероприятия, являются мнимыми и замещают реальные доводы, которые послужили причиной для отказа. Для применения аргумента замещения в контраргументации требуется тщательное критическое осмысление избираемых законодателем средств, а также толкование оспариваемых законоположений во взаимосвязи с реальной правоприменительной и политической практикой.

Принципиальную возможность независимой оценки пригодности законодательства и административной практики в идентичном деле демонстрирует практика Европейского Суда по правам человека. В Постановлении от 7 февраля 2017 года было подчёркнуто, что «предложения об изменении места, времени или способа проведения собрания были также довольно часто мотивированы ссылкой на соображения личной или национальной безопасности, такие как риск совершения террористических актов... в своих решениях органы исполнительной власти не ссылались на какие-либо данные, подкрепляющие существование таких рисков... [иногда эта ссылка] использовалась избирательно для ограничения антиправительственных публичных собраний, тогда как в тот же период проправительственные собрания и публичные праздники разрешали проводить беспрепятственно, невзирая на предполагаемую террористическую угрозу» (§ 423)⁴⁰. Интересно, что одному из заявителей по этому делу Конституционный Суд РФ отказал в удовлетворении его требований в упомянутом Определении № 484-О-П. Значит, национальные суды более терпимы к абсурдности аргументации законодателя и административных орга-

⁴⁰ Европейский Суд по правам человека. *Лашманкин и другие против России*. Жалоба № 57818/09 и 14 др. Постановление от 7 февраля 2017 года // Российская хроника Европейского суда. Специальный выпуск. 2018. № 1.

нов, когда вмешательства в конституционные права вызваны скрытыми политическими мотивами.

Нужно признать, что Конституционный Суд РФ хоть и не активно, но борется с абсурдностью аргументации в российской юридической практике. Примером очевидного отступления от здравого смысла служит казус «Дарья Тимуровича», который широко обсуждался в социальных сетях⁴¹. Отказывая оппозиционной партии в регистрации на выборах, Новосибирская областная избирательная комиссия при проверке подписных листов не стала принимать во внимание «нормальное» отчество женщины (Тимуровна). Избирком положил в основу своего решения справку миграционного ведомства, которая содержала ошибочное мужское отчество женщины (Тимурович). Это дело прошло все инстанции в порядке административного судопроизводства. Тем не менее суды общей юрисдикции, включая Верховный Суд РФ⁴², предпочли методологию самоограничения в переоценке выводов административных органов.

В конечном итоге это дело рассмотрел Конституционный Суд РФ, попытавшись исправить неразумную ситуацию. В Определении от 10 февраля 2016 года № 216-О была сформулирована позиция, согласно которой «суд, осуществляющий повторную проверку сведений, содержащихся в подписных листах, в целях проверки законности и обоснованности решения избирательной комиссии, не может быть связан исключительно данными официальной справки уполномоченного государственного органа, использованной избирательной комиссией, — он вправе запросить у уполномоченного органа информацию, необходимую для проверки достоверности сведений, содержащихся в подписных листах, при наличии достаточных сомнений в обоснованности выводов избирательной комиссии об их несоответствии действительности и должен выносить свое решение на основе оценки всей совокупности доказательств»⁴³. Однако ординарные суды вряд ли будут неукоснительно соблюдать конституционное истолкование своих обязанностей по переоценке доказательств. Казалось бы, в силу господства формализма рядовому судье нужно было произвести простую логическую операцию. Ему достаточно было бы, сравнив общеизвестный факт (женщина не может иметь мужское отчество) с документом (явно содержащим ошибку), прийти к умозаключению о наличии ло-

⁴¹ См.: *Давыдов И.* Дарья Тимурович, спойлеры и сломанный микрофон // Новое время. 2015. 31 августа.

⁴² См.: Определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 7 сентября 2015 года № 67-АПГ15-54. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁴³ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2016 года № 216-О. URL: <http://doc.krsf.ru/decision/KSRFDecision224559.pdf> (дата обращения: 01.12.2020).

гического противоречия в действиях административного органа. Однако представленное дело затрагивало вопросы политики. Возможно, абсурд в нём был вызван скрытыми мотивами властей по воспрепятствованию деятельности оппозиции. Сталкиваясь с такими мотивами, обычные судьи предпочитают терпимо относиться к неразумности ситуации. От конституционных судей сейчас также вряд ли стоит ожидать высокой степени активизма и критического мышления по поводу разумного обоснования нормативных решений.

5. Взвешивание в конституционной аргументации и конфликт конституционных интересов

В аргументации органов конституционного правосудия разных стран широкое распространение имеет приём балансирования (от англ. *balancing*)⁴⁴ или взвешивания интересов (от нем. *Abwägung*)⁴⁵. В российской доктрине эти термины переводят по-разному: сбалансированность, балансировка, балансирование, взвешивание. Первое является неточным, так как определяет результат, а не процесс судебной деятельности. Последние два наиболее распространены в российской доктрине. Стилистически балансирование, и тем более балансировка, отсылает к технической сфере.

Понятие взвешивания в большей мере отвечает области конституционного правосудия, так как основано на метафоре весов. Ведь сама идея взвешивания известна с начальных этапов истории права. Уже в Древнем мире балансирование было выражено в символе весов богини правосудия⁴⁶. В широком смысле взвешивание неразрывно связано с принятием любого юридического решения, качество которого зависит от максимального учёта релевантных обстоятельств. Не случайно среди ключевых компетенций юриста выделяют способность принимать взвешенное решение (англ.: *sound judgment*)⁴⁷.

⁴⁴ См.: *Aleinikoff T.A.* Constitutional Law in The Age of Balancing // *The Yale Law Journal*. Vol. 96. 1986. No. 5. P.943–1005; *Sweet A.S., Mathews J.* Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 47. 2008. No. 1. P.72–164.

⁴⁵ См.: *Abwägung im Recht: Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe* am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung / hrsg. von W.Erbguth, W.Hoppe. Köln : Heymann, 1996; *Schlink B.* *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin : Duncker & Humblot, 1976.

⁴⁶ См.: *Winslade W.J.* Adjudication and the Balancing Metaphor // *Logique et Analyse*. Vol. 14. 1971. No. 53/54. P.403–407.

⁴⁷ См.: *Furlong J.* Core Competence: 6 New Skills Now Required of Lawyers // *The Law21 Blog*. 2008. 4 July. URL: <https://www.law21.ca/2008/07/core-competence-6-new-skills-now-required-of-lawyers/> (дата обращения: 01.12.2020).

Использование в российской доктрине понятия баланса можно объяснить также влиянием международного правосудия⁴⁸, в первую очередь Европейского Суда по правам человека, который в своих решениях часто использует в наиболее широких целях доктрину справедливого баланса (англ.: *fair balance*)⁴⁹. Примером такого стилистического заимствования служит правовая позиция Конституционного Суда РФ, выраженная в Определении от 27 декабря 2005 года № 503-О: «...вытекающему из Конституции Российской Федерации принципу справедливого баланса частных и публичных интересов, предполагающего взаимную ответственность государства, с одной стороны, и граждан и их объединений — с другой»⁵⁰.

Вместе с тем идея балансирования не чужда российскому правоведению. Показательна точка зрения известного советского цивилиста В. П. Грибанова о том, что «осуществление и защита гражданских прав неразрывно связаны, с одной стороны, с проблемой правового обеспечения удовлетворения как интересов общества в целом, так и интересов отдельных социалистических организаций и граждан, а с другой — с проблемой обеспечения правильного сочетания индивидуальных интересов граждан и их коллективов с интересами общества»⁵¹. По мнению современных исследователей, «задача гражданского права и всего правопорядка — установить гармоничный баланс свободы различных лиц: собственника и чужих по отношению к вещи лиц; обладателя исключительного права и посторонних; кредитора и должника; делинквента и потерпевшего и т. д.»⁵². Важно подчеркнуть, что и советская, и современная цивилистика рассматривает балансирование в качестве общей идеи и напрямую не связывает его с проблемами судебной аргументации. Хотя проблема

⁴⁸ См.: *Нешатаева Т.Н., Старженецкий В.В.* Соблюдение баланса публичного и частного интереса // *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2000. № 4. С. 110–113; *Пресняков М.В.* Критерии справедливого баланса конституционных ценностей в деятельности Конституционного Суда России // *Журнал конституционного правосудия*. 2009. № 4(10). С. 15–17; *Ситдикова Р.И.* Справедливый баланс частных и общественных интересов как критерий эффективности правового регулирования // *Имущественные отношения в Российской Федерации*. 2014. № 11(158). С. 87–94.

⁴⁹ *Christoffersen J.* Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. Leiden : Boston, MA : Martinus Nijhoff Publishers, 2009; *Mowbray A.* A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights // *Human Rights Law Review*. Vol. 10. 2010. No. 2. P. 289–317.

⁵⁰ СЗ РФ. 2006. № 8. Ст. 945.

⁵¹ *Грибанов В.П.* Интерес в гражданском праве // *Советское государство и право*. 1967. № 1. С. 49–56, 49.

⁵² См.: Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г.Карапетов. М. : М-Логос, 2020. С. 51.

баланса интересов уже исследовалась в частном праве⁵³, её всё ещё считают новой в отраслевом законодательстве⁵⁴.

В практике Конституционного Суда РФ встречаются разные термины, обозначающие процесс взвешивания интересов. В Постановлении от 5 июля 2001 года № 11-П, которое касалось амнистии, было подчеркнута, что «Государственная Дума, реализуя гуманистические задачи, в то же время должна взвешивать конкурирующие конституционные ценности и, исходя из обеспечения их баланса, не может допускать, чтобы права других лиц и являющиеся необходимым условием их реализации законность, правопорядок и общественная безопасность были поставлены под угрозу нарушения»⁵⁵. В данном случае процесс взвешивания относится к компетенции парламента и характеризует процесс принятия законодательного решения, тогда как понятие баланса указывает на желаемый результат нормативного согласования конституционных ценностей. Представленная правовая позиция косвенно признаёт первичность прерогатив (обязанности) представительного органа власти по взвешиванию ценностей. Конституционное правосудие призвано осуществлять последующий контроль баланса частных и публичных интересов. В идеале Конституционный Суд РФ служит в этом отношении классическим противовесом в системе разделения нормотворчества и юстиции.

В практике Конституционного Суда РФ термин «балансировка» встречается очень редко и только в особых мнениях судьи Г. А. Гаджиева⁵⁶. Причём в одном из них понятие балансировки используется через запятую как синоним категории «взвешивания»⁵⁷.

Наряду с широко используемым критерием баланса интересов в практике конституционного правосудия встречаются ссылки на близкое по смыслу понятие равновесия. Согласно Постановлению от 13 июля 2010 года № 16-П «ограничения права на свободу предпринимательской

⁵³ См.: Курбатов А. Обеспечение баланса частных и публичных интересов — основная задача права на современном этапе // *Хозяйство и право*. 2001. № 6. С. 88–97; Пьянкова А. Ф. Обеспечение баланса интересов в гражданско-правовых договорах : моногр. Пермь : Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2014.

⁵⁴ См.: Новое в гражданском законодательстве: баланс публичных и частных интересов / отв. ред. Н. Г. Доронина. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2012.

⁵⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 года № 11-П // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3059; Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2001. № 6.

⁵⁶ См.: мнение судьи Г. А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 28 марта 2017 года № 10-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2017. № 4.

⁵⁷ См.: особое мнение судьи Г. А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 года № 8-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2005. № 4.

деятельности должны отвечать конституционным критериям необходимости, соразмерности и пропорциональности, обеспечивая равновесие между общественными и частными интересами»⁵⁸. В данном случае равновесие конкурирующих интересов представляет собой цель применения принципа соразмерности. В целом же в практике конституционного правосудия заметно чаще встречается термин «баланс интересов или конституционных ценностей». К примеру, в 33 из 50 постановлений Конституционного Суда РФ за 2020 год имеется ссылка на баланс прав, интересов или конституционно защищаемых ценностей.

Нормативной основой для приёма судьейского балансирования служат общеправовой принцип добросовестности и запрет злоупотребления правами. Например, в Постановлении от 26 октября 2017 года № 25-П часть 3 статьи 17 Конституции РФ, предусматривающая принцип недопустимости при осуществлении своих прав нарушения прав других лиц, рассматривается в качестве «основополагающего условия соблюдения баланса общественных и частных интересов»⁵⁹.

Иногда российский орган конституционного правосудия применяет понятие взвешивания в широком смысле, отождествляя взвешенное решение с всесторонней оценкой правоприменителем разных обстоятельств дела. К примеру, в Постановлении от 19 января 2016 года № 2-П было установлено отсутствие в законодательстве каких-либо специальных правил учёта отягчающих обстоятельств, «соответственно, правоприменитель не мог назначить более высокий размер штрафа в случае наличия отягчающих обстоятельств, однако мог взвесить эти обстоятельства и обстоятельства, смягчающие ответственность, при решении вопроса о возможности снижения штрафа»⁶⁰. В похожем смысле понятие взвешивания использовалось в ряде других решений Конституционного Суда РФ⁶¹. Соответственно, в практике конституционного правосудия следует различать балансирование в узком смысле, которое используется на стадии проверки допустимости вмешательства в конституционные права для защиты других прав или публичных ценностей, и взвешивание в широком смысле, означающее всесторонний юридический анализ и учёт всех возможных фактических обстоятельств конкретной юридической ситуации.

⁵⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 13 июля 2010 года № 16-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2010. № 5.

⁵⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 26 октября 2017 года № 25-П // СЗ РФ. 2017. № 45. Ст. 6735.

⁶⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 января 2016 года № 2-П // СЗ РФ. 2016. № 5. Ст. 762.

⁶¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25 июня 2020 года № 29-П // СЗ РФ. 2020. № 27. Ст. 4287.

Для конституционного правосудия взвешивание имеет методологическое значение. Его считают важным методом деятельности Конституционного Суда РФ судьи и сотрудники секретариата⁶². Взвешивание представляется прямой противоположностью традиционного дедуктивного метода, основанного на логическом приёме силлогизма. По мнению судьи Г. А. Гаджиева, «когда юрисдикционный орган сталкивается с необходимостью разрешения спора, в котором спорящие апеллируют к равнозначным правам (таким, например, как право выражения мнений и право на неприкосновенность частной жизни), теория юридического силлогизма как способ познания не срабатывает... [аксиологическая задача, возникающая в сложных делах]... не может быть решена только на основе формальной логики. Процесс судебного познания при разрешении таких сложных юридических дел в большей степени похож на эмпирическое научное познание»⁶³. Тем самым в теоретическом плане этот судейский приём отличается от традиционной роли судьи, механически применяющего общие правила к фактическим обстоятельствам конкретного дела. Кроме того, один из авторов настоящей главы выдвигает тезис о том, что в случае конфликта основополагающих прав судами должна применяться риторическая, а не формально-логическая аргументация⁶⁴.

Представленные суждения о разнице двух методологических парадигм требуют конкретизации. Прежде всего, важно уточнить, что сферой применения приёма взвешивания выступают конституционные права (глава 2 Конституции РФ). Использование этого приёма в отношении глав 1, 3–8 Конституции РФ вызывает серьёзные опасения⁶⁵. Такие сомнения ясно были выражены в решении Федерального конституционного суда Германии от 22 мая 1990 года, согласно которому «вытекающие из принципа правового государства ограничения действий государства в сфере правового статуса индивидов не применимы к правовым отношениям между федерацией и землями по разграничению их компетенции. Это, в частности, относится к принципу соразмерности, которому принадлежит

функция охраны сферы индивидуальных прав и свобод... Поэтому в особенности связанное с ним учение о категориях “сфера свободы” и “вмешательства” не могут быть перенесены ни на конкретную сферу компетенции земель, следующую из её конкуренции с федерацией, ни на вопросы разграничения компетенции в общем»⁶⁶. Такой подход подчёркивает недопустимость приравнивания горизонтальных отношений однопорядковых субъектов (например, парламента и органов правосудия) к взаимодействиям частного лица с публичной властью, которые характеризуются вертикальными связями и подчинением. С практической точки зрения в области конституционных прав и государственного права должны действовать разные правовые режимы и разная процедура обжалования случаев несоблюдения конституционного принципа соразмерности, включая требование баланса интересов.

Примером недопустимого применения метода взвешивания служит Заключение от 16 марта 2020 года № 1-З. Конституционный Суд РФ, применяя рассматриваемую методологию, легко соглашается с тем, что «переходное регулирование, допускающее временное наличие в составе Конституционного Суда Российской Федерации большего числа судей, чем предусмотрено Конституцией Российской Федерации, согласуется с принципами независимости и несменяемости судей и не содержит в себе противоречия статье 15 (часть 1) Конституции Российской Федерации, поскольку является приемлемым способом достижения баланса конституционных ценностей»⁶⁷. Как видно, использование метода балансирования позволяет конституционным судьям аргументировать любые изменения законодателем конституционного текста, даже серьёзно затрагивающие их собственные прерогативы. Важно также подчеркнуть, что упомянутое заключение напрямую не касалось вопросов защиты конституционных прав.



Тезис о преимущественном использовании риторической методологии взвешивания в области конституционных прав также нуждается в дополнении. Предпосылкой внесения в него ясности выступает вопрос о структуре основополагающих прав⁶⁸. Заслуживает поддержки авторитетное

⁶² Сивицкий В. А. Баланс конституционных ценностей как предмет и метод деятельности Конституционного Суда Российской Федерации // Компромисс в праве: теория, практика, техника : сб. ст. / под общ. ред. В. А. Толстика, В. М. Баранова, А. В. Парфенова. Т. 2. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2014. С. 290–299.

⁶³ Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности) : моногр. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. С. 203–204.

⁶⁴ См.: Соболева А. К. Конфликт прав как риторическая антиномия // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1 (122). С. 113–126, 113.

⁶⁵ См.: Должиков А. В. Принцип соразмерности и основы конституционного строя // Вестник Томского государственного университета. Право. 2020. № 36. С. 56–69; Должиков А. В. Действие конституционного принципа соразмерности в сфере государственного права // Вестник Поволжского института управления. 2018. № 5 (18). С. 29–35.

⁶⁶ Urteil des Zweiten Senats vom 22. Mai 1990, 2 BvG 1/88 [Kalkar II] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Bd. 81. S. 310, 338.

⁶⁷ СЗ РФ. 2020. № 12. Ст. 1855.

⁶⁸ См.: Gerards J., Senden H. The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights // International Journal of Constitutional Law. Vol. 7. 2009. No. 4. P. 619–620; Герардс Я., Сенден Х. Структура основных прав и Европейский Суд по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 3 (76). С. 36–63.

мнение философа права Р.Алекси, согласно которому дебаты о конструкции конституционных прав являются «первой и более важной задачей даже по сравнению с анализом соразмерности»⁶⁹. В континентальной традиции принято выделять три структурных элемента (нормативное содержание, вмешательства и проверку допустимости таких вмешательств)⁷⁰. Приём взвешивания, как правило, касается третьего элемента. В отношении же первого и второго элементов орган конституционного правосудия должен использовать формально-логический приём дедуктивного силлогизма или субсумции.

Показательны и различия в схожей на первый взгляд терминологии. Процесс толкования нормативного содержания и ограничения конституционных прав обозначают термином «конкуренция»⁷¹. Ситуацию столкновения противоположных интересов субъектов лучше характеризует понятие конфликта⁷². Тем самым понятие конкуренции касается первого (нормативного содержания) и второго (вмешательства). Хотя Конституционный Суд РФ⁷³ и российские учёные⁷⁴ не проводят такого различия, оно имеет прикладное значение для практики конституционного правосудия.

Конкуренция между различными статьями главы второй Конституции РФ возможна сначала на стадии юридической квалификации фактических обстоятельств предполагаемого нарушения конституционных прав. Такая ситуация возникает перед заявителем при обосновании нарушения конкретного конституционного права в силу пункта «а» части 4 статьи 125 Конституции. С конкуренцией между конституционными правами может столкнуться Конституционный Суд РФ, который не связан при принятии

⁶⁹ Alexy R. The Construction of Constitutional Rights // Law and Ethics of Human Rights. 2010. Vol. 4. No. 1. P.21–32.

The debate over the construction of constitutional rights is, therefore, first and foremost a debate over proportionality analysis.

⁷⁰ См.: Höfling W. Grundrechtstatbestand — Grundrechtsschranken — Grundrechtsschrankenschränken // Jura. 1994. Н. 3. S. 169–173.

⁷¹ См.: Heß R. Grundrechtskonkurrenzen: zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte. Berlin : Duncker und Humblot, 2000; Refing M. Die Grundrechtskonkurrenz: Kohärenz im freiheitsrechtlichen System des Grundgesetzes. Baden-Baden : Nomos, 2016.

⁷² См.: Conflicts Between Fundamental Rights / ed. by E. Brems. Antwerp : Portland, OR : Intersentia, 2008; Zucca L. Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA. Oxford : New York : Oxford University Press, 2007.

⁷³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 года № 11-П // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3059.

⁷⁴ См.: Нарумто С.В. Конкуренция конституционных прав и свобод человека в интерпретационной практике Конституционного Суда РФ // Конституционные права и свободы личности в контексте взаимодействия гражданского общества и правового государства / под ред. Н.В. Витрука, Л.А. Нудненко. М. : РАП, 2010. С. 101–107, 101.

решения с доводами, указанными в обращении (часть 3 статьи 74 Закона о Конституционном Суде). Примером конкуренции конституционных прав служит гипотетический пример художественной выставки, автор которой с помощью живописи выражает своё отношение к злободневной социально-политической проблеме. В этом случае факты дела для целей конституционного судебного разбирательства нужно квалифицировать либо по части 1 статьи 29 (свобода слова), по статье 31 (свобода собраний) или же по части 1 статьи 44 (свобода творчества). Все три юридических состава конституционных прав конкурируют между собой. Частичное разрешение этой коллизии возможно с помощью одного из общеправовых принципов — *lex specialis derogat lex generalis*. В соответствии с этим коллизионным принципом специальная норма (свобода собрания) имеет приоритет перед общей (свобода слова). В свою очередь выбор между двумя оставшимися конкурирующим нормами будет зависеть от оценки фактических обстоятельств дела и убедительности доказательства в пользу художественной составляющей произведения (свобода творчества) или политической цели перформанса (свобода собрания). Художественное по своей природе мероприятие не должно подпадать под действие Федерального закона от 19 июня 2004 года № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (в редакции от 11 октября 2018 года) исходя из своей цели⁷⁵. В соответствии с пунктом 1 статьи 2 этого закона «целью публичного мероприятия является свободное выражение и формирование мнений, выдвижение требований по различным вопросам политической, экономической, социальной и культурной жизни страны и вопросам внешней политики или информирование избирателей о своей деятельности при встрече депутата законодательного (представительного) органа государственной власти, депутата представительного органа муниципального образования с избирателями». Цель мероприятия, подпадающего под сферу действия названного закона, имеет ярко выраженный публично-политический характер.

Аналогичный вывод следует из правовой позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в Постановлении от 13 мая 2014 года № 14-П, согласно которой цель собраний заключается в необходимости гарантировать «гражданам, их объединениям реальную возможность заявлять и отстаивать свою позицию и выдвигать гражданские инициативы по значимым, с их точки зрения, общественно-политическим вопросам и тем самым оказывать влияние на деятельность органов публичной власти как непосредственно, так и путем формирования общественного мнения в целях привлечения внимания к соответствующим проблемам и обеспечения

⁷⁵ См.: СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2485.

своевременного адекватного реагирования на них со стороны публично-властных институтов»⁷⁶. Художественные мероприятия не преследуют подобных целей. Только при наличии публично-политических целей они могут быть квалифицированы в качестве подпадающих под юридический состав статьи 31 Конституции РФ.

Полное игнорирование элементарных приёмов формально-логической аргументации имеет негативные последствия для конституционного правосудия. Среди них осуществление взвешивания интересов на стадии допустимости обращения, вовлечение в процесс решения сложнейших вопросов конфликта между публичными и частными интересами сотрудников аппарата, а не самих конституционных судей.

Это утверждение можно проиллюстрировать на примере дела о телефонных переговорах наркодилеров (Определение от 19 февраля 2009 года № 91-О-О)⁷⁷. В частности, Конституционный Суд РФ подчеркнул, что «преступное деяние не относится к сфере частной жизни лица, сведения о которой не допускаются собирать, хранить, использовать и распространять без его согласия, а потому проведение таких оперативно-розыскных мероприятий не может рассматриваться как нарушение конституционных прав, предусмотренных статьёй 24 Конституции Российской Федерации». В данном случае Конституционный Суд РФ отказывается подчинять (субсумировать) видовые объекты (информацию о преступном деянии) родовому понятию права на информацию о частной жизни. В приведённом деле не соблюдаются правила формальной логики о соразмерности понятий. Ведь нарушается соответствие между конституционной дефиницией (информации о частной жизни) и определяемым явлением (телефонные переговоры о преступном деянии).

При этом субсумция охватывается стадией толкования нормативного содержания конституционного права, то есть осуществляется до проверки судом соразмерности. Использование такого приёма не позволяет перейти к следующим этапам разбирательства в Конституционном Суде РФ. Соответственно, заявитель не сможет добиться оценки соразмерности вмешательства в его права в порядке конституционного судопроизводства. Фактически уже на стадии допустимости конституционной жалобы скрыто проводится взвешивание конфликтующих публичных и частных интересов. В отсутствие транспарентности и при нарушении принципа состязательности сторон повышается вес общественно значимой цели пресечения

преступных деяний, и, напротив, частной жизни наркодилеров придаётся низкий вес. Взвешивание ценностей на начальном этапе конституционного судопроизводства, возможно, оправдано процессуальной экономией. Однако этот приём здесь опасен, поскольку позволяет фактически не рассматривать конституционно-правовую проблему по существу, решая её процессуальными способами.

Таким образом, тезис о различиях формально-логической и риторической аргументации нельзя считать абсолютным. Взвешивание должно применяться преимущественно для сферы защиты конституционных прав. В отношении институтов государственного права и разрешения споров о компетенции требуется выработка иной методологии аргументации. Балансирование имеет своей сферой применения конфликт конституционного права частного лица с другими конституционно значимыми ценностями (правами или публичными интересами). В ситуации конкуренции конституционных прав должна преимущественно применяться не риторическая, а формально-логическая аргументация, которая состоит в дедуктивном умозаключении или субсумции. Тем самым в конституционном правосудии в действительности применяются оба типа аргументации, но сфера и стадии их применения разные.

Сказать, что формально-логическая аргументация вообще не применяется Конституционным Судом РФ, было бы неверно. Субсумция, предполагающая дедуктивное умозаключение, используется на начальных этапах судопроизводства, где рассматривается допустимость конституционной жалобы. От логически верной субсумции зависит решение вопроса о том, охватывается ли конкретная спорная ситуация конституционной нормой (нормами) в главе второй Конституции РФ. В конституционном судопроизводстве не избежать дедуктивных умозаключений при толковании нормативного содержания защищаемых прав или обжалуемых норм. В то же время на стадии проверки Конституционным Судом РФ допустимости вмешательства в конституционное право, действительно, чаще используется риторическая аргументация, включая взвешивание частных и публичных интересов. В противном случае использование исключительно риторической аргументации органами конституционного правосудия и сторонами спора вело бы к элементарному релятивизму и манипулированию доводами.

⁷⁶ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 13 мая 2014 года № 14-П // СЗ РФ. 2014. № 21. Ст. 2764.

⁷⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2009 года № 91-О-О. URL: <http://doc.kstrf.ru/decision/KSRFDecision18697.pdf> (дата обращения: 01.02.2020).