

УДК 342(075)
ББК 67.400я7
К65

Авторский коллектив:

Гриценко Е. В. (гл. 7); Должиков А. В. (гл. 3, 5, 9); Дудко И. А. (гл. 12);
Егорова О. А. (гл. 6); Кененова И. П. (гл. 6); Красиков Д. В. (гл. 2);
Кряжкова О. Н. (гл. 1); Кузнецова И. С. (гл. 4); Сыченко Е. В. (гл. 9);
Третьяк И. А. (гл. 7); Троицкая А. А. (гл. 10); Храмова Т. М. (гл. 8);
Чирнинов А. М. (гл. 11); Шилова А. И. (гл. 9)

Рецензенты:

д-р юрид. наук *Богданова Н. А.*; д-р юрид. наук *Бондарь Н. С.*;
д-р юрид. наук *Ковлер А. И.*

Конституционные права в России: судебная практика и сравнительные материалы : учебное пособие / Гриценко Е. В., Должиков А. В., Дудко И. А. [и др.]; под общ. ред. А. В. Должикова и А. А. Троицкой. — Москва : ООО «Центр конституционных исследований», 2024. — 582 с.
ISBN 978-5-6047474-1-4.

Настоящее учебное пособие ориентировано на интерактивные методики преподавания и обучения. Содержательным центром книги является высшая ценность российского конституционного строя и правопорядка — человек, его основополагающие права и свободы. Книга нацелена на приобретение обучающимися как теоретических представлений о системе конституционных прав и принципов их осуществления, так и практических навыков интерпретации конституционно-правовых норм с использованием сравнительно-правового метода и поиска адекватных решений в правоприменении. Пособие основано на практико-ориентированном подходе к конституционализму; в нем предложена методология применения конституционных норм, анализа судебных решений и доктрины, позволяющая сформировать навыки юридического анализа и критической оценки.

Учебное пособие предназначено студентам юридической специализации, изучающим цикл конституционно-правовых дисциплин, а также различные специализированные программы, затрагивающие тематику конституционных прав и/или компаративистику; оно будет полезно также самому широкому кругу читателей, интересующихся различными сферами юриспруденции, а также работникам органов публичной власти.

УДК 342(075)
ББК 67.400я7

© ООО «Центр конституционных исследований», 2024

ISBN 978-5-6047474-1-4

Глава 3

ПРИНЦИП СОРАЗМЕРНОСТИ. ЧРЕЗВЫЧАЙНЫЕ РЕЖИМЫ

Ключевые слова: *соразмерность; правомерная цель; пригодность; необходимость; баланс частных и публичных интересов; чрезвычайные режимы; безопасность; борьба с терроризмом.*

3.1. ВВЕДЕНИЕ

Соразмерность является общим принципом права, получившим распространение в самых разных правовых порядках. Его широко используют органы конституционного контроля и международные суды в спорах о защите основополагающих прав. В доктрине оценка соразмерности и результатов использования этого принципа различается: от достаточно идеалистических до крайне критических. С одной стороны, соразмерность считается высшим императивом права (англ.: *the ultimate rule of law*¹) или «методическим чудо-оружием» (нем.: *methodische Wunderwaffe*)². Действительно, рассматриваемый принцип и особенно взвешивание интересов (иначе соразмерность в узком смысле) на первый взгляд кажутся универсальными судебскими методами в ситуации конфликта конституционных прав с другими значимыми интересами. Принцип соразмерности способен служить средством судебного контроля законодательства и иных регуляторных решений, посягающих на основные права.

С другой стороны, не менее очевидны серьёзные опасности, возникающие в связи с использованием соразмерности. Этот принцип уполномочивает представительные органы выбирать публичные цели и средства их достижения, которые одновременно выступают в качестве вмешательства в индивидуальные права. Именно в этом аспекте соразмерность подверглась критике как угроза правам человека (англ.: *an assault on human rights*)³. Ещё более обескураживающим оказываются последствия применения этого принципа судьями в реальных спорах. Вместо ожидаемого баланса частных и публичных интересов порой происходит девальвация основополагающих прав. Проще говоря, нередко общее благо перевешивает частный интерес.

Соразмерность, будучи общеправовым принципом, распространяет своё действие в самых разных сферах публичного и частного права. Однако основную роль этот принцип играет в делах о защите конституционных прав. В данной главе указанный принцип

¹ См.: *Beatty D. M. The Ultimate Rule of Law. Oxford : Oxford University Press, 2004. P. 193.*

² *Rückert J. Abwägung — die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel // Juristen Zeitung. 2011. Jg. 66. H. 19. S. 913–923, 914.*

³ См.: *Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2(81). С. 47–66.*

обсуждается в целом и на примере чрезвычайных правовых режимов. Во время формально введённого режима или просто в чрезвычайных ситуациях сложнее всего достичь равновесия между защитой основополагающих прав частных лиц и противостоящими им публичными интересами. В таких ситуациях, как борьба с терроризмом, сущность соразмерности, достоинства и недостатки этого принципа проявляются наиболее рельефно.

3.1.1. Историческое толкование

Рассматриваемый принцип имеет долгую историю становления в различных государствах. Соразмерность эволюционировала от философской и этической идеи к юридическому обязательству органов власти умеренно ограничивать индивидуальные права граждан. Конечно, соразмерность как идею можно обнаружить уже в начальные периоды человеческой истории. Датский исследователь Й. Кристофферсон даже полагает, что «не имеет смысла описывать или постигать появление принципа соразмерности в различных правовых порядках и в различные периоды истории как следствие непрерывной, не говоря о том, что логичной, линии его развития»⁴. Ведь соразмерность тесно связана с такими понятиями, как справедливость, равенство и правосудие. Достаточно упомянуть метафору весов и принадлежность этого атрибута богиням правосудия в мифологии разных народов. По мысли Аристотеля (384—322 гг. до н. э.), которого не без основания считают одним из родоначальников идеи соразмерности⁵, правосудие «представляет собою середину, [а несправедливости] — нарушение пропорциональности, ибо пропорциональность — это середина и право состоит в пропорциональности»⁶.

Однако оформление соразмерности как принципа публичного права происходит лишь в эпоху Нового времени. Тогда данный принцип приобретает свою изначальную функцию, заключающуюся в установлении пределов публичной власти и предотвращении государственного произвола. Одна из первых формулировок этого принципа в её либеральном смысле принадлежит Карлу-Готтлибу Суарцу (нем.: *Carl Gottlieb Svarez*) (1746—1798). По выражению прусского юриста, «первый принцип публичного и государственного права состоит в том, что государство имеет право ограничивать свободу индивида только в той мере, в какой это необходимо для существования свободы и безопасности всех»⁷. Это определение стало классическим для публичного права. Даже на уровне терминологии оно повлияло на последующее нормативное описание принципа соразмерности не только в Германии, но и в других правовых порядках, включая Россию. Достаточно сравнить эту дефиницию с частью 3 статьи 55 действующей Конституцией РФ.

При этом К. Г. Суарец был не просто кабинетным учёным. Он был основным разработчиком Прусского земского уложения от 1 июня 1794 года. В соответствии с § 10 титула 17 (часть II Уложения) устанавливалось, что «задачей полиции является принятие необходимых мер для поддержания общественного спокойствия, безопасности и поряд-

⁴ *Christoffersen J.* Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. Leiden ; Boston, MA : Martinus Nijhoff Publishers, 2009. P. 33.

⁵ *Engle E.A.* The General Principle of Proportionality and Aristotle // *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice* / ed. by L. Huppes-Cluysenaer, C. A. Bates. Dordrecht : Springer, 2013. P. 265—276.

⁶ *Аристотель.* Никомахова этика // *Аристотель.* Сочинения : в 4 т. Т. 4 / под общ. ред. А. И. Доватура. М. : Мысль, 1984. С. 53—294, 152.

⁷ *Svarez C.G.* Vorträge über Recht und Staat. Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1960. S. 486.

ка, а также для предотвращения непосредственной опасности для населения или отдельных его членов»⁸.

Подобная норма предопределила использование соразмерности в практике Высшего административного суда Пруссии для признания непропорциональности решений органов публичной власти. Характерным примером служит эпохальное Решение от 14 июня 1882 года по делу *Кройцберг*⁹. Оно касалось постановления полицейских властей Берлина 1879 года, которое ограничивало высоту зданий в районе Кройцберг. Целью данной меры провозглашалось обеспечение вида на памятник победы, установленный в 1821 году. Суд пришёл к выводу о чрезмерном ограничении упомянутым постановлением права собственности. Задача полиции — предотвращать угрозы общественной безопасности и правопорядка, а не навязывать свои эстетические представления. Фактически в решении было признано отсутствие реальных угроз публичным интересам, а эстетические представления были расценены как нерелевантные факторы для решения властей. Данное дело считается точкой, открывающей возможности перехода от полицейского абсолютизма к правовому либеральному государству в Германии¹⁰.

В России появлению соразмерности как правового принципа исторически препятствовал значительный вес государственных интересов по сравнению с индивидуальной свободой. Выдающийся дореволюционный историк права М. Ф. Владимирский-Буданов (1838—1916) отмечал, что «в Московском государстве все население призвано было служить государству; всякие интересы лиц, классов и обществ стояли бесконечно ниже интересов государства, человек жил гораздо менее для себя, семьи и ближайшего общества, чем для государства. Только при этом крайнем напряжении всех сил населения к одной цели, это государство успело вынести свою громадную территорию при незначительности и бедности населения»¹¹. Похожего мнения придерживался М. А. Рейснер (1868—1928). «У нас в России, — подчёркивал в 1902 году будущий разработчик первой советской конституции, — несмотря на провозглашение в свое время различных “вольностей”, всегда и проводился и проводится тот же принцип исключительного права правительства на заботу об общем благе»¹². Принижение частных интересов во имя общественного блага и в дальнейшем не способствовало внедрению соразмерности в российский праве. Так, в советский период вряд ли можно найти воплощение соразмерности в его изначальном предназначении. В этой связи заслуживает внимания точка зрения О. С. Иоффе, который дал точную оценку советского права, находясь эмиграции с 1981 года. По мнению известного советского цивилиста, «тогда как общее право в Соединённых Штатах Америки можно назвать системой правового конституционализма, а континентальное право в Западной Германии получает название системы правового государства [(нем.: *Rechtsstaat*)], социалистическое право в СССР, напротив, представ-

⁸ См.: Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Bd. 4. Berlin : Pauli, 1796. S. 1004. URL: <https://www.digitale-sammlungen.de/view/bsb10551839?page=316> (дата обращения: 07.11.2023).

⁹ Endurteil des II Senats des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 14. Juni 1882, Rep. II B. 23/82 [Kreuzbergurteil] // Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Bd. 9. S. 353. URL: <https://www.denkmalrechtbayern.de/inhalt/2-5-4-sonstiges-kreuzbergurteil-provg-14-6-1882-11-s/> (дата обращения: 07.11.2023).

¹⁰ См.: Schoch F. Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? Vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage // Der Staat. 2004. Bd. 43. H. 3. S. 347—369.

¹¹ Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. М. : Территория будущего, 2005. С. 180.

¹² Рейснер М. А. Общественное благо и абсолютное государство // Вестник права. 1902. № 9—10. С. 1—128, 24.

ляет собой систему устанавливаемых государством правовых ограничений, которое само по себе юридически не ограничено»¹³. Тем самым социалистическая правовая традиция была несовместима с судебным контролем при помощи принципа соразмерности возможного произвола советской власти.

Провозглашение конституционных прав в постсоветский период совпало с изменением подходов к проблеме равновесия между частными и публичными интересами. В соответствии с преамбулой Декларации прав и свобод человека СССР от 5 сентября 1991 года № 2393-1 провозглашалось, что «высшая ценность нашего общества — свобода человека, его честь и достоинство... Никакие групповые, партийные или государственные интересы не могут быть поставлены выше интересов человека»¹⁴. Согласно части 2 статьи 2 российской Декларации прав, было установлено, что «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, нравственности, здоровья, законных прав и интересов других людей в демократическом обществе»¹⁵. С незначительными изменениями эта формулировка принципа соразмерности войдёт в действующую Конституцию России (часть 3 статьи 55).

В связи с этим важно подчеркнуть, что разработчики конституционного текста акцентировали внимание на восприятии целевой направленности этого принципа. В замечаниях М. И. Пискотина, члена Комитета конституционного надзора СССР (в 1989—1991 годах), отмечалось: «Как и любой закон, конституция регулирует общественные отношения, но лишь в той мере, в какой признается необходимым вмешательство в них со стороны государства. <...> Признание необходимости конституции общества несет с собой отзвуки тоталитаризма»¹⁶. Восприятие общеправовых принципов просто как правил для общества, а не средства ограничения произвола власти не учитывает сущности конституции как самостоятельного феномена. Одним из важных намерений разработчиков российской конституции было стремление предотвратить реставрацию социалистического тоталитарного государства. В таком историческом контексте и должен изначально восприниматься конституционный принцип соразмерности.

3.1.2. Текстуальное толкование

Текст Конституции РФ 1993 года не содержит термина «соразмерность». Нет в конституционном тексте и категории «пропорциональность», к которой обращаются многие российские исследователи и которая часто встречается в практике Конституционного Суда РФ.

Текстуальной основой для принципа соразмерности служит положение части 3 статьи 55 Конституции РФ: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интере-

¹³ *Joffe O. S., Maggs P. Soviet Law in Theory and Practice.* London ; New York : Oceana Publications, 1983. P. 2.

¹⁴ Декларация прав и свобод человека СССР от 5 сентября 1991 года № 2393-1 // Ведомости Съезда Народных Депутатов и Верховного Совета СССР. 1991. № 37. Ст. 1083.

¹⁵ Постановление Верховного Совета РСФСР от 22 ноября 1991 года № 1920-1 «О декларации прав и свобод человека и гражданина» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 52. Ст. 1865.

¹⁶ Из истории создания Конституции Российской Федерации. Конституционная комиссия: стенограммы, материалы, документы (1990—1993 гг.) : в 6 т. Т. 3 : 1992 год. Книга первая (январь—июнь 1992 года) / под общ. ред. О. Г. Румянцев. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 1068.

сов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Эта норма является чрезвычайно популярной в практике Конституционного Суда РФ. Ссылку на неё можно встретить, пожалуй, в каждом решении, которое касается вопросов защиты конституционных прав.

Во-первых, эта норма упоминает однокоренное с соразмерностью понятие меры. Оно может выступать текстуальной основой соразмерности как многосоставной концепции (включающей несколько субпринципов). Если принять во внимание общепринятую структуру принципа соразмерности — 1) правомерная цель, 2) пригодность и 3) необходимость ограничения для достижения цели, 4) соразмерность в узком смысле (баланс интересов) — то можно заметить следующее. Термин «мера» указывает на последний элемент этого принципа (соразмерность в узком смысле или иначе — требование баланса интересов). Во-вторых, интерпретируемая норма содержит перечень из шести публичных целей, достижение которых может обосновывать ограничение конституционных прав. Этот перечень указывает на наличие первого элемента соразмерности — требования правомерной или легитимной цели. В-третьих, фраза «в какой это необходимо» недвусмысленно отсылает к требованию необходимости. Этот критерий считается третьим элементом соразмерности. Иначе его обозначают как требование менее обременительного средства. Таким образом, в самом конституционном тексте среди элементов соразмерности не упомянуто лишь требование пригодности. Однако его можно вывести, обратившись к системному толкованию норм Конституции России.

3.1.3. Систематическое толкование

Соразмерность можно интерпретировать с точки зрения места этого принципа внутри самой конституционной системы. Соразмерность тесным образом связана с несколькими основами конституционного строя. Из принципа федерализма следует идея баланса полномочий центральных и региональных властей (статья 5 Конституции РФ). Ядром принципа разделения властей является система сдержек и противовесов (статья 10). Наиболее значимым для понимания соразмерности является принцип правового государства (часть 1 статьи 1, статья 15). По оценке Федерального конституционного суда Германии, «принцип соразмерности (нем.: *Verhältnismäßigkeit*) и запрет чрезмерности (нем.: *Übermaßverbotes*), которые как комплексные руководящие правила связывают любое поведение государства, следуют из принципа правового государства и потому имеют конституционный ранг» (см. Решение Федерального конституционного суда Германии от 5 марта 1968 года)¹⁷. Схожий подход выражен в Постановлении Конституционного Суда РФ от 15 января 2002 года № 1-П, согласно которому принцип соразмерности обусловлен «природой Российской Федерации как правового государства (статья 1, часть 1; статья 55, часть 3, Конституции Российской Федерации)»¹⁸.

¹⁷ Beschluß des Ersten Senats vom 5. März 1968, 1 BvR 579/67 [Zeugen Jehovas] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1968. Bd. 23. S. 127, 133. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv023127.html> (дата обращения: 07.11.2023).

¹⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 15 января 2002 года № 1-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 64 Федерального закона “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации” и статьи 92 Федерального закона “О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации” в связи с жалобой гражданина А. М. Траспова» // Собрание законодательства Российской Федерации (далее — СЗ РФ). 2002. № 6. Ст. 626.

В связи с системным единством принципов правового государства и соразмерности можно обратиться к Конституции Швейцарии от 18 апреля 1999 года¹⁹. Так, в соответствии со частью 1 статьи 5, озаглавленной «Принципы действий правового государства», «основой и пределом государственных действий является право». Одновременно в качестве первого элемента правовой государственности называется соразмерность (часть 2 статьи 5) наряду с добросовестностью (часть 3 статьи 5) и уважением международного права (часть 4 статьи 5). Представленные конституционные нормы являются редким примером ясного нормативного закрепления принципа соразмерности. Важно обратить внимание на функцию установления этим принципом пределов государственных действий. Кроме того, стоит подчеркнуть преобладающее значение соразмерности среди других элементов правового государства.

Систематическое толкование позволяет выявить недостающие структурные элементы соразмерности. Так, следуя логике взаимосвязи цели и средства, можно обнаружить отсутствующий в конституционном тексте критерий пригодности. В части 3 статьи 55 Конституции России называются публичные цели, оправдывающие вмешательство в конституционные права. Однако цель не может существовать без средства её достижения. Само собой разумеющимся является и то, что средства должны достигать цели, то есть быть пригодными. К примеру, Конституционный Суд РФ подчёркивает, что «устанавливаемые федеральным законом средства и способы такой защиты должны быть обусловлены ее целями и способны обеспечить их достижение»²⁰. Способность достигать цели иначе и означает пригодность средства.

Видимо, из-за отсутствия буквального упоминания пригодности в конституционном тексте или в законодательстве в судебной практике употребляется понятие адекватности средств. В практике Конституционного Суда РФ устоялась позиция о том, что «при введении тех или иных ограничений, обусловленных конституционно одобряемыми целями, федеральный законодатель связан конституционным принципом соразмерности и вытекающими из него требованиями адекватности и пропорциональности используемых правовых средств»²¹. Конституционный Суд РФ в схожих смыслах также использует критерии разумности²², разумной соразмерности²³ или рациональности²⁴. Правда, смысл требования разумности (рациональности) не разъясняется.

¹⁹ Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (Status as of 13 February 2022). URL: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en> (дата обращения: 07.11.2023).

²⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 июля 2017 года № 22-П «По делу о проверке конституционности положений части 1 и пункта 2 части 2 статьи 20 Федерального закона “О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации” в связи с жалобами граждан США Н. Д. Вордена и П. Д. Олджэма» // СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. II). Ст. 4984.

²¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 31 января 2014 года № 1-П «По делу о проверке конституционности абзаца десятого пункта 1 статьи 127 Семейного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С. А. Аникиева» // СЗ РФ. 2014. № 7. Ст. 735.

²² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2018 года № 12-П «По делу о проверке конституционности частей первой и третьей статьи 107 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С. А. Костроминна» // СЗ РФ. 2018. № 14. Ст. 2027.

²³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2010 года № 8-П «По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части второй статьи 30 и части второй статьи 325 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Р. Р. Зайнаугдинова, Р. В. Кудяева, Ф. Р. Файзулина, А. Д. Хасанова, А. И. Шаваева и запросом Свердловского областного суда» // СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2276.

²⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 марта 2007 года № 3-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 6 и 15 Федерального конституционного закона “О референдуме Рос-

Наряду с основами конституционного строя и конституционными правами соразмерность находится во взаимосвязи с иными элементами конституционной системы. Так, в результате конституционной реформы 2020 года в главе 3 Конституции («Федеративное устройство») было непосредственно закреплено понятие сбалансированности, совпадающее с четвёртым элементом соразмерности. Новая статья 75.1 установила, что «в Российской Федерации... обеспечиваются сбалансированность прав и обязанностей гражданина, социальное партнерство, экономическая, политическая и социальная солидарность». Эта новелла добавляет немного к имеющемуся конституционному предписанию о том, что граждане обладают всеми правами и несут равные обязанности (часть 1 статьи 6). В то же время упомянутая новелла дополнительно акцентирует большее внимание на обязанностях граждан, чем на их конституционные права. Такой акцент считается признаком коммунитарной идеологии, а в контексте России позволяет говорить о сохранении элементов социалистической правовой традиции. Уже в процессе разработки действующей конституции её проекты критиковали за излишнее внимание к обязанностям: «...статьи, определяющие обязанности... будучи включенными в конституцию... выворачивают наизнанку ее суть, не несут никакой полезной нагрузки и более того — опасны. Во-первых, вместо того чтобы накладывать ограничения на государство, предохраняя людей от его скатывания к тирании, эти статьи накладывают ограничения на “носителя суверенитета и единственный источник власти” — народ. Во-вторых, они не несут полезной нагрузки, потому что не могут быть статьями прямого действия... Наконец, они опасны, потому что создают прецедент, согласно которому конституция может не только ограждать права и свободы гражданина от посягательств других лиц, но и быть использована для контроля и ограничения прав»²⁵. В итоге норма о сбалансированности прав и обязанностей на практике может вести скорее к обременению частных лиц, чем к ограничению произвола властных субъектов, в целях которого разрабатывалась конституция.

Соразмерность как конституционный принцип действует в системной взаимосвязи со схожими началами отраслевого законодательства. Вместе с тем анализируемый принцип лишь косвенно можно обнаружить в отраслях публичного и частного права. Таким примером служит принцип справедливости в Уголовном кодексе РФ от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (ред. от 13 июня 2023 года)²⁶. Согласно части 1 статьи 6, «наказание и иные меры уголовно-правового характера... должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного». Используемая в уголовном законе категория «соответствие» во многом совпадает с понятием соразмерности.

Наконец, систематическое толкование предполагает восприятие соразмерности как совокупности последовательно проверяемых в судопроизводстве субпринципов или требований. Наличие четкой структуры служит отличительной чертой романо-германской модели соразмерности. В юрисдикциях общего права, учитывая господство антиформализма и юридического реализма, вместо структурированного принципа соразмерности

сийской Федерации” в связи с жалобой граждан В.И.Лакеева, В.Г.Соловьева и В.Д.Уласа» // СЗ РФ. 2007. № 14. Ст. 1741.

²⁵ Никонов В., Ордежук П. Конституционные права: Благие пожелания или значимые гарантии // Независимая газета. 1993. 13 января. С. 2. URL: https://yeltsin.ru/uploads/upload/2019/11/29/OSRNzv_01_13_93.pdf (дата обращения: 07.11.2023).

²⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (ред. от 13 июня 2023 года) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

судьи используют приём балансирования (США) либо в силу традиции применяется тест разумности (Соединённое Королевство), который уступает по интенсивности судебного контроля континентальной соразмерности.

Структурных элементов обычно выделяется три или четыре. Первой стадией, а иногда и предпосылкой для анализа соразмерности выступает требование правомерной цели. В данном случае судьи выясняют наличие публичной цели, ради которой обосновывается вмешательство в конституционные права, а также оценивается значимость (легитимность) такой цели. Второй стадией служит пригодность. Это требование предполагает проверку принципиального достижения средством избранных публичных целей. Иначе это требование сводится к проверки рациональной связи между средством и целью. На этой стадии требование пригодности в его континентальном понимании пересекается с тестом разумности в общем праве. На третьей стадии судом проверяется соблюдение требования необходимости. Оно включает установление имеющихся альтернатив и их сравнение с избранными средствами. Иначе судьи проводят проверку менее обременительных средств. Наконец, на четвёртой стадии происходит судебское взвешивание затрагиваемого конституционного права частного лица с противостоящим ему публичным интересом.

3.1.4. Телеологическое толкование

Главная цель соразмерности заключается в судебной проверке вмешательств в конституционные права. Этот принцип выступает в качестве критерия отграничения допустимых вмешательств от недопустимых. Такая целевая направленность соразмерности заложена в самом содержании конституционных прав, которые представляют собой меру возможного поведения. Более того, немецкая исследовательница и судья Федерального конституционного суда Германии (2002–2014) Гертруда Люббе-Вольф (нем.: *Gertrude Lübbe-Wolff*) полагает, что «основным содержанием многих прав человека является лишь требование того, чтобы ограничения имели правовую основу и соответствовали принципу пропорциональности, то есть чтобы конкретные интересы были должным образом уравновешены с другими интересами, которые могут претендовать на важность»²⁷. Такой подход сводит основные права с точки зрения судебной практики к анализу соразмерности (наряду с проверкой формальной законности).

Изначальная цель принципа соразмерности обусловлена историей конституционализма. Конституции, особенно те, которые были приняты в ходе социальных революций, представляли собой реакцию на негативный опыт государственного произвола. Соответственно, целевая направленность соразмерности связана с негативной функцией конституционных прав. Неслучайно в немецкой доктрине и судебной практике долгое время в качестве родового понятия использовался запрет чрезмерности (нем.: *Übermaßverbot*)²⁸. В похожем смысле применяет понятие чрезмерности Конституционный Суд РФ. Например, в Постановлении от 4 апреля 1996 года № 9-П было подчёркнуто, что «налогообложение, парализующее реализацию гражданами их конституционных

²⁷ Люббе-Вольф Г. Международная защита прав человека и принцип subsidiarности: аргументы в пользу решения-«коридора» в случае конфликта прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2(81). С. 67–72, 73.

²⁸ См.: Stern K. Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes // Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag / hrsg. von P. Badura, R. Scholz. München : C. H. Beck, 1993. S. 165–175.

прав, должно быть признано несоразмерным. Поэтому при чрезмерности налогов и сборов проблема их дифференциации в связи с обеспечением принципов равенства и справедливости приобретает особое значение»²⁹.

Наряду с таким либеральным предназначением принцип соразмерности может преследовать прямо противоположные цели. В немецком конституционализме используется парный запрет недостаточности (нем.: *Untermaßverbot*³⁰; англ.: *prohibition of insufficiency*³¹). Нетрудно увидеть взаимосвязь между упомянутым запретом и позитивной функцией конституционных прав. Соответственно, из принципа соразмерности в дополнение к негативным обязательствам государства (невмешательство в сферу индивидуальной свободы) следуют позитивные обязательства властей (защита конституционных прав и особенно меры социальной поддержки граждан). Иначе говоря, наряду с либеральным запретом чрезмерности государство ставит перед собой цели осуществления позитивных мер, направленных на осуществление конституционных прав. В последнем случае цель соразмерности близка, хотя полностью не тождественна роли социального государства, гарантирующего гражданам определённый минимум достойной жизни.

Если изначальная цель соразмерности (запрет чрезмерности) в широком смысле связана с негативным конституционализмом³², то запрет недостаточности лежит в основании появившегося позднее позитивного конституционализма³³. В понимании целей соразмерности важно осознать, что развитие позитивного конституционализма не должно привести к утрате роли рассматриваемого принципа как средства ограничения государственного произвола. Иначе конституционализм превращается в «потёмкинскую деревню», а конституционное правосудие оказывается бессильным перед угрозой скатывания к недемократическому режиму.

3.1.5. Сравнительные материалы

При обращении к сравнительным материалам в контексте обсуждения принципа соразмерности отдельное значение приобретает различие континентальной и англо-саксонской правовых традиций. Несмотря на своё широкое распространение, соразмерность редко получает закрепление как самостоятельный конституционный принцип. Ниже будут представлены сравнительно-правовые материалы, позволяющие увидеть разницу между принципом соразмерности, сформировавшимся впервые в германском праве, с одной стороны, и аналогичными судебскими методами (взвешивание интересов, критерий разумности Венсбери, тест Оукса и т. д.) в юрисдикциях общего права, с другой стороны.

²⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 4 апреля 1996 года № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда нормативных актов города Москвы и Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и города Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан, прибывающих на постоянное жительство в названные регионы» // СЗ РФ. 1996. № 16. Ст. 1909.

³⁰ См.: *Denninger E.* Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot // *Gegenrede: Aufklärung — Kritik — Öffentlichkeit; Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz / hrsg. von H. Däubler-Gmelin.* Baden-Baden : Nomos, 1994. S. 561–572; *Dietlein J.* Das Untermaßverbot: Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur // *Zeitschrift für Gesetzgebung.* 1995. Bd. 10. H. 1. S. 131–141.

³¹ См.: *Clérico L.* Proportionality in Social Rights Adjudication: Making It Workable // *Proportionality in Law: An Analytical Perspective / ed. by D. Duarte, J. S. Sampaio.* New York : Springer, 2018. P. 25–48, 25.

³² См.: *Barber S. A.* Fallacies of Negative Constitutionalism // *Fordham Law Review.* 2006. Vol. 75. No. 2. P. 651–668.

³³ См.: *Uitz R.* Barber's Pursuit of Positive Constitutionalism in The Principles of Constitutionalism: Towards Expanding Illiberal Constitutional Chicanery // *Jerusalem Review of Legal Studies.* 2021. Vol. 24. No. 1. P. 66–82.

Несмотря на схожесть терминов, которую используют органы конституционного правосудия, они могут иметь принципиальное отличие в разных социально-политических контекстах. К примеру, американскую версию балансирования не следует отождествлять с континентальной моделью соразмерности в целом и даже с последним элементом этого принципа (соразмерность в узком смысле). Балансирование в юридической науке США лишено чёткой структуры, характерной для континентального права. Американское балансирование и европейская соразмерность лишь частично пересекаются по содержанию. Наряду с балансированием американские суды используют и другие стандарты контроля³⁴, которые схожи с европейской соразмерностью. Среди них — тест рациональной основы (англ.: *rational basis*), тест наименее обременительного средства (англ.: *less restrictive means*) и т. д. Однако эти доктрины не связываются с соразмерностью. Да и сам термин не был долгое время известен американским юристам. Так, в своей статье от 1977 года Джордж Берманн (англ.: *George Bermann*) подчеркнул: «Вне зависимости от того, признает ли американское административное право общее требование соразмерности в отношении государственной деятельности, задавать вопрос об этом американскому юристу представляется бесперспективным. Если ему был бы задан подобный вопрос, он, вероятно, даже не знал бы, как на него ответить. Наиболее вероятно, что в ответ он бы спросил, что означает сам термин “пропорциональность [Proportionality]” и какое отношение он имеет к административному праву»³⁵. Эти рассуждения можно распространить на американское право и сегодня.

Грань между двумя обозначенными моделями лежит в разнице юридической методологии, применяемой судьями в юрисдикциях с англо-саксонской и континентальной традициями. Первая модель допускает интуитивное установление судьями соразмерности между частными и публичными интересами при разрешении конкретного спора. Эту модель можно сравнить с природным чувством справедливого в этике или гармоничного в искусстве. В качестве предпосылки данная модель имеет широкое судебское усмотрение. Вторая модель предопределена формально-логическим методом. Судья отталкивается от общего понимания принципа соразмерности и следует заранее определённом алгоритму его проверки. В рамках такой модели судья использует разработанные в доктрине и предыдущей практике алгоритмы. Данная модель среди прочего требует последовательного анализа соразмерности и отдельных структурных элементов этого принципа.

Соразмерность имеет универсальную сферу применения и проявляется практически во всех отраслях права и в самых разных правовых институтах. Наиболее отчётливо этот общеправовой принцип может быть понят и оценён в условиях чрезвычайности (в широком смысле). Отчасти предмет настоящей главы органичен действием чрезвычайных режимов и иными неординарными условиями (борьба с терроризмом, чрезвычайное положение и др.).

³⁴ См.: *Kelso R. R. United States Standards of Review versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry // Ohio Northern University Law Review. 2013. Vol. 39. No. 2. P. 455–504.*

³⁵ *Bermann G. A. The Principle of Proportionality // American Journal of Comparative Law Supplement. 1977. Vol. 26. P. 415–432, 415.*

3.2. ДЕЛА И МАТЕРИАЛЫ

В представленных далее теоретических материалах и судебных решениях демонстрируются подходы к содержанию и структуре соразмерности, а также обращается внимание на основные трудности, возникающие при использовании этого принципа в судебной практике по защите конституционных прав.

3.2.1. *Замятин Е. И. Мы (1920)*³⁶

<...>

Запись 1-я

Конспект:

ОБЪЯВЛЕНИЕ. МУДРЕЙШАЯ ИЗ ЛИНИЙ. ПОЭМА

Я просто списываю — слово в слово — то, что сегодня напечатано в Государственной Газете:

«Через 120 дней заканчивается постройка ИНТЕГРАЛА. <...> Вам предстоит благодетельному игу разума подчинить неведомые существа, обитающие на иных планетах — быть может, еще в диком состоянии свободы. Если они не поймут, что мы несем им математически безошибочное счастье, наш долг заставить их быть счастливыми. <...>».

<...>

Запись 9-я

Конспект:

ЛИТУРГИЯ. ЯМБЫ И ХОРЕЙ. ЧУГУННАЯ РУКА

Площадь Куба. Шестьдесят шесть мощных концентрических кругов: трибуны. И шестьдесят шесть рядов... <...>

<...> ...Мы... приносим жертву нашему Богу, Единому Государству, — спокойную, обдуманную, разумную жертву. Да, это была торжественная литургия Единому Государству, воспоминание о крестных днях-годах Двухсотлетней Войны, величественный праздник победы всех над одним, суммы над единицей...

Вот один — стоял на ступенях налитого солнцем Куба. <...> Золотая бляха с номером — уже снята. Руки перевязаны пурпурной лентой...

А наверху, на Кубе, возле Машины — неподвижная, как из металла, фигура того, кого мы именуем Благодетелем. <...>

И вдруг одна из этих громадных рук медленно поднялась — медленный, чугунный жест — и с трибун, повинувшись поднятой руке, подошел к Кубу номер. Это был один из Государственных Поэтов... <...>

<...>

Резкие, быстрые — острым топором — хорей. О неслыханном преступлении: о кощунственных стихах, где Благодетель именовался... нет, у меня не поднимается рука повторить.

<...>

³⁶ Цит. по: *Замятин Е. И. Мы. Повести. Рассказы. М. : Дрофа, 2010.* (Произведение цитируется без сносок.)

Тяжкий, каменный, как судьба, Благодетель обошел Машину кругом, положил на рычаг огромную руку... Ни шороха, ни дыхания: все глаза — на этой руке. Какой это, должно быть, огненный, захватывающий вихрь — быть орудием, быть равнодействующей сотен тысяч вольт! Какой великий удел!

Неизмеримая секунда. Рука, включая ток, опустилась. Сверкнуло нестерпимо-острое лезвие луча — как дрожь, еле слышный треск в трубках Машины. Распростертое тело — все в легкой, светящейся дымке — и вот на глазах тает, тает, растворяется с ужасающей быстротой. И — ничего: только лужа химически чистой воды, еще минуту назад буйно и красно бившая в сердце...

<...>

Запись 20-я

Конспект:

РАЗРЯД. МАТЕРИАЛ ИДЕЙ. НУЛЕВОЙ УТЕС

<...>

...Этот «разряд» излечил меня наконец от моей мучительной «души» — и я снова стал, как все мы. <...> У меня по отношению к Единому Государству есть это право — понести кару, и этого права я не уступлю. Никто из нас, нумеров, не должен, не смеет отказаться от этого единственного своего — тем ценнейшего — права.

<...> И я вижу, как здесь... лопается мое рассуждение «о действенном праве». И я вижу ясно, что это только отрывок нелепого предассудка древних — их идеи о «праве».

Есть идеи глиняные — и есть идеи, навеки изваянные из золота или драгоценного нашего стекла. И чтобы определить материал идеи, нужно только капнуть на него сильной действующей кислотой. Одну из таких кислот знали и древние: *reductio ad finem*. Кажется, это называлось у них так; но они боялись этого яда, они предпочитали видеть хоть какое-нибудь, хоть глиняное, хоть игрушечное небо, чем синее ничто. Мы же — слава Благодетелю — взрослые, и игрушки нам не нужны.

Так вот — если капнуть на идею «права». Даже у древних — наиболее взрослые знали: источник права — сила, право — функция от силы. И вот — две чашки весов! На одной — грамм, на другой — тонна, на одной — «я», на другой — «мы», Единое Государство. Не ясно ли: допускать, что у «я» могут быть какие-то «права» по отношению к Государству, и допускать, что грамм может уравновесить тонну, — это совершенно одно и то же. Отсюда — распределение: тонне — права, грамму — обязанности; и естественный путь от ничтожества к величию: забыть, что ты — грамм, и почувствовать себя миллионной долей тонны...

<...> Это — то самое божественное правосудие, о каком мечтали каменнодомовые люди, освещенные розовыми наивными лучами утра истории: их «Бог» — хулу на Святую Церковь — карал так же, как убийство.

<...> ...Я слышу... что-то там о пытках, казнях, о возврате к варварским временам. Дорогие мои: мне жаль вас — вы не способны философски-математически мыслить.

<...>

<...> Нож — самое прочное, самое бессмертное, самое гениальное из всего, созданного человеком. Нож — был гильотиной, нож — универсальный способ разрешить все узлы, и по острию ножа идет путь парадоксов — единственно достойный бесстрашного ума путь...

<...>

Запись 24-я

Конспект:

ПРЕДЕЛ ФУНКЦИИ. ПАСХА. ВСЕ ЗАЧЕРКНУТЬ

<...>

...Завтра я увижу все то же, из года в год повторяющееся и каждый раз по-новому волнующее зрелище: могучую Чашу Согласия, благоговейно поднятые руки. Завтра — день ежегодных выборов Благодетеля. Завтра мы снова вручим Благодетелю ключи от незыблемой твердыни нашего счастья.

Разумеется, это непохоже на беспорядочные, неорганизованные выборы у древних, когда — смешно сказать — даже неизвестен был заранее самый результат выборов. Строить государство на совершенно неучитываемых случайностях, вслепую — что может быть бессмысленней? И вот все же, оказывается, нужны были века, чтобы понять это.

Нужно ли говорить, что у нас и здесь, как во всем, — ни для каких случайностей нет места, никаких неожиданностей быть не может. И самые выборы имеют значение скорее символическое: напомнить, что мы единый, могучий миллионо-клеточный организм, что мы — говоря словами Евангелия древних — единая Церковь. Потому что история Единого Государства не знает случая, чтобы в этот торжественный день хотя бы один голос осмелился нарушить величественный унисон.

Говорят, древние производили выборы как-то тайно... <...> Нам же скрывать или стыдиться нечего: мы празднуем выборы открыто, честно, днем. Я вижу, как голосуют за Благодетеля все; все видят, как голосую за Благодетеля я — и может ли быть иначе, раз «все» и «я» — это единое «МЫ». Насколько это облагораживающей, искренней, выше, чем трусливая воровская «тайна» у древних. Потом: насколько это целесообразней. Ведь если даже предположить невозможное, то есть какой-нибудь диссонанс в обычной монофонии, так ведь незримые Хранители здесь же, в наших рядах: они тотчас могут установить номера впавших в заблуждение и спасти их от дальнейших ложных шагов, а Единое Государство — от них самих...

<...>

3.2.2. Россия. Постановление Конституционного Суда от 15 февраля 2016 года № 3-П³⁷

Факты

Гражданин Е. В. Потоцкий заключил в 2000 году несколько договоров займа. В 2013 году в Гражданском кодексе РФ (часть 3) были изменены сроки исковой давности и правила их исчисления. Эти изменения коснулись требований, сроки предъявления которых были предусмотрены ранее действовавшим законодательством и не истекли до 1 сентября 2013 года. В 2014 году районный суд удовлетворил требования Е. В. Потоцкого о взыскании денежных средств по его договорам, посчитав, что срок исковой давности не пропущен и подлежит исчислению с 15 августа 2013 года. Между тем вы-

³⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 15 февраля 2016 года № 3-П «По делу о проверке конституционности положений части 9 статьи 3 Федерального закона “О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела 1 части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации” в связи с жалобой гражданина Е. В. Потоцкого» // СЗ РФ. 2016. № 8. Ст. 1167.

шестоящие суды посчитали срок исковой давности по его требованиям истекшим, поскольку с момента возникновения обязательств по договорам займа, заключённым Е. В. Потоцким в 2000 году, прошло более десяти лет.

Проблема

Конституционно ли законоположение о том, что срок исковой давности не может превышать десяти лет со дня возникновения обязательств, срок исполнения которых не определён или определён моментом востребования?

Решение

«Признать... [новеллу гражданского законодательства] не соответствующей Конституции Российской Федерации... в той мере, в какой на ее основании решается вопрос о применении к требованиям, сроки предъявления которых были предусмотрены ранее действовавшим законодательством и не истекли до 1 сентября 2013 года... [а также вопрос] о том, что срок исковой давности не может превышать десяти лет со дня возникновения обязательств, срок исполнения которых не определен или определен моментом востребования».

*Мнение судьи Г. А. Гаджиева*³⁸

«Заявитель оспаривает ограничение, введённое в 2013 году, суть которого состоит во введении преклюзивного, пресекательного срока в 10 лет, который... почему-то назван сроком исковой давности. <...>

...Преклюзивный (пресекательный) срок является не сроком защиты, а сроком существования гражданских прав.

Введение десятилетнего пресекательного срока... означает, что законодатель лишил права на судебную защиту всех тех участников гражданского оборота, которые состоят в длительных, более десяти лет, обязательственных правоотношениях.

Кроме того, избранная законодателем ограничительная мера представляет собой вмешательство в конституционно значимое право на свободу договора, ею затрагиваются основные начала гражданского законодательства, а именно равенство участников регулируемых гражданским правом отношений, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, судебная защита нарушенных прав... а также принцип диспозитивности, который наиболее интенсивно проявляет себя в сфере договорного права.

Поэтому необходима оценка пропорциональности ограничительной меры.

<...>

Проверка на пропорциональность представляет собой методику, проводимую в определенной последовательности, т. е. с соблюдением этапов.

На первом этапе необходимо определить, а не является ли ограничивающая мера совершенно недопустимым средством, и носит ли преследуемая им цель легитимный характер. <...> Новелла... может преследовать цель защиты прав и законных интересов других лиц, и поэтому нельзя считать, что цель является нелегитимной. Беспокойство законодателя по поводу возникновения обязательств с крайне задавненными требованиями вполне объяснимо — ничто не препятствует кредитору в отсутствие пресека-

³⁸ Мнение судьи Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 15 февраля 2016 года № 3-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2016. № 3.

тельного срока обращаться к должнику с требованием об исполнении через 15, 20 или 30 лет. Гражданское право традиционно отрицательно относится к ситуациям, когда отсутствие сроков оборачивается правовой неопределенностью, что сказывается на устойчивости правовых связей, дисциплинированности их участников, в целом — на гражданском обороте. <...>

<...> От законодателя требуется предельная осторожность, поскольку введение 10-летнего пресекательного срока означает лишение права на судебную защиту. Между тем согласно Конституции Российской Федерации право на судебную защиту (статья 46) рассматривается почти как абсолютное [то есть не подлежащее ограничению право]..

Следующим этапом при оценке пропорциональности легальных правоограничений является тест на соразмерность, предполагающий оценку необходимости использования того объема ограничения права, который использовал законодатель. Всегда существуют альтернативы, можно использовать и менее ограничительные меры, которые приведут к искомой легальной цели.

Правовые средства, содержащие большие меры вмешательства, являются избыточными обременениями без очевидной необходимости. По сути, необходима оптимизация ограничительных мер, т. е. выбор наименьшей из ограничительных мер, достигающих того же результата. Есть определенная изоморфность между оптимизацией ограничительных мер и принципом оптимальности по Парето³⁹.

<...>

Логика гражданского (частного) права — это прежде всего логика равенства перед законом и судом, равенства субъектов гражданского права. Логика публичного права носит иной характер — оно эксплуатирует идею государственного патернализма, когда в регулировании отношений равных сторон принимает участие государство, используя не диспозитивный, а императивный метод правового регулирования. Публично-правовое регулирование основывается на предположении, не всегда обоснованном, о неразумности кредиторов и должников и необходимости вмешательства в сферу частных отношений. При этом объективно законодатель действует, в случае с новеллой... в интересах должника (продолжниковская позиция).

Как объяснить разницу в правовом регулировании одних и тех же по экономической природе заемных обязательств? <...>

<...>

На третьем этапе оценки пропорциональности ограничительной меры необходимо осуществить балансирование между преследуемой целью и правами, подвергающимися ограничениям.

И если целью является уменьшение в гражданском обороте заданных требований кредиторов, то в таком случае законодатель приносит в жертву определенный объем экономической свободы. В соответствии с конституционным принципом пропорциональности законодатель должен нести ответственность за то, чтобы жертва не оказалась излишней.

Если законодатель руководствуется патерналистскими соображениями, то он обязан объяснить, почему он действует в интересах должника или кредитора».

³⁹ Mathews J., Stone Sweet A. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. 2008. Vol. 47. No. 1. P. 72–164, 95.

Вопросы и комментарии к материалу и решениям

1. Евгений Иванович Замятин (1884–1937) начинает своё повествование с противопоставления дикого состояния свободы древних математически точной разумности Единого Государства и его жителей. Будучи инженером по образованию, он на страницах своей антиутопии неоднократно противопоставляет математику и свободу в её разных проявлениях (в передвижениях, частной жизни, художественном творчестве, выборах и т. д.). По вашему мнению, совместимы ли свобода и рациональность? Нужно ли естественное для человека состояние свободы подчинять «благотельному игу разума» для достижения математически безошибочного счастья? Ценят ли свободу россияне и граждане других государств? Каковы, по вашему мнению, достоинства и недостатки дикого состояния свободы? До каких пределов может быть ограничена свобода индивида в интересах общего блага?

2. В современной правовой доктрине популярны труды немецкого философа Роберта Алекси (р. 1945), в том числе разработанная им «формула веса» (англ.: *«the weight formula»*)⁴⁰. Это формула выглядит следующим образом:

$$B_{i,j} = \frac{I_i \times B_i}{I_j \times B_j}$$

Общий смысл этой формулы сводится к математическому определению зависимости между интенсивностью вмешательства в конституционное право и значимостью противостоящего ему публичного интереса или другого основного права. Полезны ли для рядовых правоприменителей и особенно судей подобного рода математические формулы? В одном из своих интервью последовательный сторонник методологии экономического анализа права Г. А. Гаджиев подчеркнул следующее: «Математика мне в школьные годы не давалась, по этому предмету у меня была единственная “четверка” в аттестате, так что было очевидно, что в дальнейшем я буду заниматься гуманитарными науками»⁴¹. Как вы думаете, достаточно глубоки ли для применения «формулы веса» Р. Алекси знания математики у среднестатистического юриста? Нужно ли юристам глубже изучать математику и формальную логику или стоит положиться на интуитивное нахождение равновесия между индивидуальными свободами и общим благом?

3. Обратите внимание на конспект строителя «Интеграла» о взвешивании индивидуального и публичного (Запись 20-я). Каков ваш вариант ответа на вопрос о возможности грамму уравновесить тонну? Согласны ли вы с такой математической метафорой? В экономической и правовой теории обычно используют понятие несоизмеримости ценностей для подобного рода взвешивания. Судья Конституционного Суда РФ А. Л. Кононов (1947–2022) в особом мнении к Постановлению от 14 июля 2005 года № 9-П отметил следующее: «...формула о балансе частных и публичных интересов...

⁴⁰ См.: Алекси Р. Формула веса // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 208–228.

⁴¹ См.: Шиняева Н. «К заявлениям и жалобам мы не относимся как к опытам над людьми». Интервью с судьей Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиевым // Право.ру. 2011. 1 декабря. URL: <https://pravo.ru/review/view/65145/> (дата обращения: 07.11.2023).

искажает шкалу конституционных ценностей, поскольку баланс предполагает нивелирование, уравнивание, равнозначность интересов отдельной личности и государства, что заведомо ставит личность в подчиненное и незащищенное положение, деформирует само понятие правового государства. Конституция говорит не о балансе, а о предпочтении гуманитарных ценностей»⁴².

Согласны ли вы с такой оценкой конституционного судьи? Можно ли добиться действительного равновесия индивидуальных свобод и публичных интересов? Выполняется ли на практике в России конституционный императив высшей ценности человека и его основных прав? Приведите в обоснование своей позиции конкретные решения Конституционного Суда РФ.

4. Решение Конституционного Суда РФ от 19 октября 2021 года посвящено методологическим аспектам конституционного контроля (*далее* — Методологическое руководство 2021 года)⁴³. Как подчёркивал ещё Рудольф фон Иеринг (1818–1892), «из практики и в своем применении юридический метод очень хорошо знаком юристам, но он является у них скорее делом чувства и привычки, нежели сознания. Если бы им пришлось указать, в чем заключается его сущность, чем способ, которым юрист обсуждает правовые отношения, отличается от способа обсуждения не-юристов, что составляет задачи, средства и основные законы юридического метода — ответ получился бы крайне скудный. Он вряд ли заключал бы в себе что-либо иное, чем общепринятую фразу об «арифметике понятий»»⁴⁴. Что имел в виду под арифметикой понятий выдающийся немецкий правовед? Как вы понимаете юридическую методологию и какое место в ней занимает принцип соразмерности? Наряду с «арифметикой понятий» какая ещё юридическая методология вам известна?

5. Мнение Г. А. Гаджиева к Постановлению от 15 февраля 2016 года № 3-П является редким для России примером последовательного анализа стадий проверки соразмерности. Судья Конституционного Суда РФ подчеркнул, что «пропорциональность представляет собой методику, проводимую в определенной последовательности, т. е. с соблюдением этапов». Все ли элементы соразмерности называются в его мнении? Кроме того, Г. А. Гаджиев в одном из своих интервью провёл чёткое разграничение между традиционной формально-юридической (догматической) методологией и правовым реализмом: «Есть чисто юридическое мировоззрение, при котором юристы “налагают” обстоятельства конкретного дела на определенную норму и получают решение... но существует еще и американская система мышления — “правовой реализм”, утверждающий, что норма рождается лишь в процессе правоприменения, а суд — это орган, главным образом способствующий

⁴² Особое мнение судьи А. Л. Кононова к Постановлению Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 года № 9-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2005. № 4.

⁴³ Информация Конституционного Суда Российской Федерации «Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации)» подготовлена Секретариатом Конституционного Суда Российской Федерации. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf> (дата обращения: 07.11.2023).

⁴⁴ *Фон Иеринг Р.* Юридическая техника / пер. с нем. Ф. С. Шендорфа. СПб. : Типо-литография А. Г. Розена (А. Е. Ландау), 1905. С. 3–4.

появлению права»⁴⁵. Попробуйте применить такой подход к соразмерности. Что означает этот принцип в традиционном юридическом понимании? Каково будет восприятие соразмерности в восприятии школы правового реализма? Какая методология в понимании соразмерности ближе для Конституционного Суда РФ?

3.2.3. Фосскуле А. Принцип соразмерности (2007)⁴⁶

1. Введение

Принцип соразмерности затрагивает отношение между юридически значимыми последствиями государственной деятельности и ее целеполаганием (отношение «цель — средство»). Соответственно, государственные меры применительно к достигаемой цели не должны неадекватно посягать на права граждан сверх необходимой и пригодной для достижения этой цели меры. Иногда в качестве синонима используется более старое понятие «*запрет чрезмерности*».

2. История

С точки зрения истории философии права, представления о принципе соразмерности можно обнаружить уже в античном учении о справедливости. Впервые требование соразмерности как принцип в явном виде было сформулировано в конце XVIII века в связи с ограничением посягательств полицейских органов на свободу и собственность. С тех пор принцип соразмерности постепенно стал рассматриваться как «ключевое руководящее начало любых действий государства»⁴⁷, которое применяется в отношении всех ветвей власти и для всех институтов публичного права.

3. Содержание и сфера применения юридической конструкции

1. Принцип соразмерности не имеет явно выраженного конституционно-правового закрепления, а выводится из принципа правового государства и классических конституционных свобод.

а) Исходя из принципа *правового государства*, публичная власть осуществляется в соответствии с правом и справедливостью. Принцип соразмерности непосредственно связывает государственную деятельность в первую очередь в тех ситуациях, когда у данного органа государственной власти — законодателя, органа исполнительной власти, суда — имеется свобода усмотрения, тем самым обеспечивая контроль этой деятельности. При применении этого принципа проводится адекватное конкретной ситуации «взвешивание» всех интересов, затрагиваемых государственными решениями, что, кроме всего прочего, способствует обеспечению материальной справедливости (применительно к отдельным случаям).

⁴⁵ «Идейная» версия причин судебной реформы от судьи Гаджиева // Право.ру. 2014. 18 июня. URL: https://pravo.ru/court_report/view/106264/ (дата обращения: 07.11.2023).

⁴⁶ *Voßkuhle A. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* // Juristische Schulung. 2007. Bd. 47. H. 5. S. 429–431. Цит. по: *Фосскуле А. Принцип соразмерности* // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1 (104). С. 159–163.

⁴⁷ Beschluß des Ersten Senats vom 5. März 1968, 1 BvR 579/67 [Zeugen Jehovas] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE). 1968. Bd. 23. S. 127 [133]. URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv023127.html> (дата обращения: 07.11.2023).

б) *Основные права* — это в первую очередь права на защиту от государственных вмешательств. Вместе с тем неурегулированное осуществление конституционных свобод неизбежно ведет к конфликтам с публичными интересами и правами других лиц. С целью взаимного согласования таких противоречащих друг другу интересов государство может вмешиваться в конституционно защищаемые права и устанавливать пределы в пользовании основными правами. Чтобы вследствие этого гарантии основных прав не могли произвольно выхолащиваться, государство, когда оно устанавливает пределы пользования основными правами, со своей стороны также подлежит ограничениям (так называемые «пределы пределов»). Основные права могут «как выражение общего притязания гражданина на свободу от государственной власти ограничиваться соответственно лишь настолько... насколько это необходимо для защиты публичных интересов»⁴⁸.

<...>

2. Применение принципа соразмерности проходит в три этапа. Этому предшествуют 1) установление *цели* (основания), которую преследует государственная мера, а также 2) проверка того, *легитимна* ли эта цель юридически и, следовательно, допустима ли она. Затем нужно проверить, является ли используемое средство 3) пригодным, 4) необходимым и 5) соразмерным для достижения желаемой цели.

а) *Пригодным* является средство, если при его помощи может быть достигнута желаемая цель (пригодность).

б) Средство будет *необходимым*, если отсутствует какое-либо другое, одинаково пригодное, но в меньшей степени обременительное средство (выбор наиболее мягкого средства).

в) *Соразмерным* (соразмерным в узком смысле, то есть пропорциональным) считается средство, если обременение индивида соразмерно преследуемой цели и достигаемым при этом преимуществам для всего общества. При этом требуется всестороннее «*взвешивание*» воздействия на заинтересованное лицо, с одной стороны, и противостоящего ему публичного интереса, с другой стороны. Для этого вначале нужно абстрактно установить для обеих сторон, какие интересы затронуты и как их нужно оценить юридически. Затем необходимо определить интенсивность обременения конкретного затронутого лица, а также непосредственную пользу для всеобщего блага от оспариваемой государственной меры. И лишь после этого происходит собственно «*взвешивание*», в процессе которого необходимо ответить на вопрос о том, не является ли желаемый результат, с учетом всех перечисленных условий, несоразмерным обременению гражданина. При этом в любом случае должна соблюдаться *неприемлемость посягательства* для носителя данного основного права.

3. Принцип соразмерности, по общему правилу, действует во всех сферах публичного права.

а) В области *основных прав* ему отводится центральная роль в качестве *предела пределов* при проверке *ограничения* классических *конституционных свобод*. При этом в практике Федерального конституционного суда Германии он был конкретизирован применительно к отдельным основным правам исходя из вышеизложенной базовой структуры данного принципа, например «теория трех ступеней»: свобода профессии,

⁴⁸ Beschluß des Ersten Senats vom 15. Dezember 1965, 1 BvR 513/65 [Wencker] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE). 1966. Bd. 19. S. 342 [348 f.]. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dir/bv019342.html> (дата обращения: 07.11.2023).

абзац 1 статьи 12 Основного закона Германии⁴⁹ (далее — Основной закон); теория взаимодействия, свобода мнения, абзац 2 статьи 5 Основного закона; определение содержания и пределов собственности, пункт 2 абзаца 1 статьи 14 Основного закона.

Как парная, комплементарная категория к запрету чрезмерности в отношении государственных посягательств действует так называемый *запрет недостаточности* государственных действий в отношении *обязательств по защите основных прав*. В соответствии с этим требованием государство должно выполнять свои обязанности по гарантированию основных прав собственных граждан на уровне не ниже конституционно установленного.

<...>

б) Напротив, в области *государственного организационного права*, а также *местного самоуправления* принцип соразмерности, согласно не вполне бесспорной позиции Федерального конституционного суда Германии, неприменим. В соответствии с этой точкой зрения он выполняет исключительно функцию защиты сферы индивидуальных прав и свобод. Поэтому он применяется лишь к отношениям между государством и гражданами, но неприменим к вопросу о разграничении компетенции между разными носителями государственной власти.

<...>

1. Принцип соразмерности благодаря своему выведению из основных прав и принципа правового государства связывает, согласно абзацу 3 статьи 1, абзацу 3 статьи 20 Основного закона, все три ветви государственной власти. *Интенсивность конституционного контроля* при проверке действий как законодательной и исполнительной власти, так и правосудия должна учитывать предназначение принципа разделения властей (предложение 2 абз. 2 ст. 20 Основного закона), вследствие чего интенсивность контроля является неодинаковой в каждом случае... Судебный орган, не нарушая пределов проверки при *конституционном контроле*, использует дифференцированный подход.

а) Парламентский *законодатель* связан только конституцией и может с учетом этого, по общему правилу, самостоятельно определять цели закона. В силу своей непосредственной демократической легитимации при оценке пригодности законов он обладает *прерогативой законодательного усмотрения*, прежде всего в случаях, когда нужно сделать *прогноз* будущего развития в какой-то области. Тогда проверка сокращается до вопроса о том, являются ли применяемые средства совершенно непригодными. Также и необходимость закона, по общему правилу, проверяется лишь на *предмет явных нарушений*, поскольку требование выбора наименее обременительных средств действует только в отношении одинаково пригодных средств, а оценка пригодности также относится к прерогативам усмотрения законодателя. Однако в соответствии с практикой Федерального конституционного суда Германии его компетенция при проверке требования необходимости расширяется по мере роста степени посягательства на основное право.

б) Напротив, *управление* как процесс реализации «исполнительной власти» в значительной степени связано рамками закона. Административные меры могут проверяться судом полностью на предмет пригодности и необходимости.

⁴⁹ Bundesgesetzblatt. 1949. Teil II. Nr. 1. S. 1; 2012. Teil I. Nr. 32. S. 1478; URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html> (дата обращения: 07.11.2023).

в) Судебный *контроль соразмерности* в узком смысле ограничивается в обоих вариантах вопросом о том, была ли соблюдена *мера допустимости посягательства*; при этом суд не должен предлагать собственные соображения о целесообразности рассматриваемых мер. Несколько иначе обстоит дело в ситуациях, в которых конституционно защищаемые блага непосредственно сталкиваются друг с другом, например при коллизии между двумя основными правами, явное ограничение которых не предусмотрено конституцией. Вместо проверки соразмерности здесь должно выполняться *требование практического согласования* (Конрад Хессе) и *наиболее приемлемого уравнивания* (Петер Лерхе) обоих защищаемых благ.

<...>

3.2.4. Коэн-Элия М., Порат И. Американское балансирование и немецкая соразмерность: исторические корни (2010)⁵⁰

<...>

Эти два метода — балансирование^[51] и соразмерность^[52] — имеют сходство друг с другом в некоторых важных чертах и часто обсуждаются вместе. Однако в американском конституционном праве, в отличие от европейского, балансирование никогда не получало статуса официально признанной доктрины. Более того, балансирование всегда подвергалось жёсткой критике и до сих пор является крайне спорным понятием в конституционном праве США. Начиная с 1950-х годов XX века балансирование находилось в центре оживлённой дискуссии в Верховном суде США. Как сформулировал Р. Фаллон, «использование балансирования часто вызывает бурный протест несогласных судей, утверждающих, что суд отступил от строгой приверженности защите индивидуальных прав»⁵³. Поскольку оба метода кажутся близкими с аналитической точки зрения и выполняют схожие функции, уместно задаться вопросом, почему отношение к соразмерности столь различно в Европе и в США. Почему в Европе соразмерность почти не подвергается критике, а балансирование вызывает столько возражений и сопротивления в Америке? Европейских сторонников соразмерности это сопротивление ставит в тупик. <...> Поскольку соразмерность возникла в Германии, имеет смысл рассмотреть различные пути развития двух методов в Германии и Соединённых Штатах Америки соответственно. ...Это сопоставление в значительной степени поможет объяснить различное отношение к этим двум концепциям в Европе и в Америке.

Рассматривая историю понятий балансирования и соразмерности, можно обнаружить, что между ними есть принципиальные различия, которые действительно настолько велики, что «перевешивают» сходства. Так, соразмерность первоначально развивалась в рамках административного права и имела разве что косвенное отношение к частному праву, в то время как понятие балансирования зародилось в частном праве и лишь

⁵⁰ См.: *Cohen-Eliya M., Porat I. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins // International Journal of Constitutional Law. 2010. Vol. 8. No. 2. P. 263–286. Цит. по: Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3(82). С. 59–81. Название и отдельные части перевода представлены в авторской редакции, в том числе с учётом обсуждаемой немецкой терминологии.*

⁵¹ В оригинале статьи используется термин «*balancing*», его можно перевести как «взвешивание», но тогда непонятно как отличать от перевода термина «*weighing*».

⁵² Соразмерность точнее отражает наиболее используемое в немецкой догматике понятие «*Verhältnismäßigkeit*». Термин «*Proportionalität*», если и употребляется, то только в качестве синонима.

⁵³ *Fallon R. H., Jr. Strict Judicial Scrutiny // UCLA Law Review. 2007. Vol. 54. P. 1267–1337, 1307.*

потом распространилось на публичное. Более того, соразмерность появилась как одна из попыток защитить индивидуальные права в условиях их слабого законодательного гарантирования, в то время как балансирование было создано с прямо противоположной целью — для контроля за излишне ревностной (либертарианской) защитой прав со стороны Верховного суда США, основанной на чрезмерно буквальной интерпретации текста Конституции США. Наконец, соразмерность развивалась в процессе формалистической и доктринальной практики немецких административных судов и не имела связи с антиформалистическим направлением в философии права, в то время как вокруг балансирования было сосредоточено движение американских прогрессистов, направленное против формализма в судопроизводстве. Таким образом, можно утверждать, что исторический подход позволяет наблюдать интересное явление: две правовых концепции, возникшие в очень разных условиях, сблизились настолько, что сейчас кажется естественным обсуждать их в едином контексте.

<...>

<...> ...Правительство должно доказать, что оно преследовало легитимную цель и что вмешательство было соразмерно этой цели. Соразмерность включает в себя три субпринципа: во-первых, средство, предназначенное для достижения публичной цели, должно подходить для достижения этой цели (*пригодность* — англ.: *suitability*); во-вторых, из всех подходящих должно быть выбрано то средство, которое в наименьшей степени вмешивается в права частного лица (*необходимость* — англ.: *necessity*); в-третьих, издержки частного лица, возникшие в результате вмешательства в его права, должны быть соразмерны выгоде государства при достижении публичной цели (*соразмерность в узком смысле*)... Например, в израильском деле *Хорев против министра транспорта*⁵⁴ об объездной дороге, которой следовало пользоваться по решению иерусалимского муниципалитета для того, чтобы во время Шаббата машины ни в коем случае не проезжали через квартал ультраортодоксальных иудеев, Верховный суд Израиля провёл анализ следующим образом. Во-первых... он определил правомерную публичную цель как защиту религиозных чувств. Затем он применил три стадии проверки соразмерности: а) способствует ли правительственное средство (объезд), достижению избранной им цели (защите религиозных чувств) (критерий пригодности); б) действительно ли избранное средство было наименее обременительным из возможных (критерий необходимости); в) соразмерны ли были издержки для свободы передвижения по сравнению с выгодой от защиты религиозных чувств (критерий соразмерности в узком смысле). Применив эти три критерия, Верховный суд Израиля пришёл к выводу, что объезд должен быть обязательным только во время субботней молитвы.

Как и соразмерность, балансирование применяется в случае, когда имеет место вмешательство в определённое конституционное право или иное конституционное предписание, и, как и соразмерность, оно использует сравнение между обременением права и публичным интересом. Так, в первом деле о свободе слова, где был применён этот метод (*Шнейдер против штата Нью-Джерси*⁵⁵), в решении по которому муниципальный запрет на распространение рекламных листовок был оспорен как неконституционный, Верховный суд США взвешивал право на свободу слова с интересом муниципалитета

⁵⁴ The Supreme Court of Israel sitting as the High Court of Justice, April 13, 1997, HCJ 5016/96 “Horev v. Minister of Transportation”. URL: https://hamoked.org/files/2014/2980_eng.pdf (дата обращения: 07.11.2023).

⁵⁵ См.: United States Supreme Court, decided November 22, 1939, no. 1 “Schneider v. State” // United States Supreme Court Reports. 1939. Vol. 308. P. 147. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/147/> (дата обращения: 07.11.2023).

в чистоте улиц и вынес решение, согласно которому в данном конкретном случае запрет нарушал право на свободу слова.

Существует по крайней мере три отдельных аргумента в пользу того, почему эти два метода — балансирование и соразмерность — отличаются с точки зрения проводимого в их рамках анализа. <...> Во-первых, немецкие и канадские исследователи часто утверждают, что соразмерность лучше структурирована и является более научной, чем балансирование, поскольку делится на три аналитически отдельных критерия, которые логически связаны и дополняют друг друга, в то время как балансирование является абстрактным, чересчур общим и неструктурированным. На основании этого можно утверждать, что соразмерность имеет большую ценность, чем балансирование, а именно: этот принцип лучше помогает судьям структурировать свои решения и приходиться к правильным заключениям, делает судебный процесс более транспарентным, придавая судебным решениям больше легитимности, и оказывает лучшее регулирующее и воспитательное влияние на общество и органы публичной власти. Напротив, балансирование, будучи лишённым чёткой структуры, предоставляет значительную свободу судейского усмотрения и, скорее, позволяет поддерживать нарушение публичной властью основных прав. Возможно, исследователи, придерживающиеся такого мнения, переоценивают нормативный характер соразмерности. Однако важнее то, что, сопоставляя между собой балансирование, с одной стороны, и критерии соразмерности, с другой стороны, они проводят некорректное сравнение балансирования и соразмерности. Лишь применение последнего из трёх критериев — «соразмерности в узком смысле» — аналогично балансированию. Первые два представляют собой критерии, касающиеся отношения средств с целями и не затрагивающие балансирования — по крайней мере в том смысле, как оно обычно понимается в американской судебной практике. Первые два субпринципа — субпринципы пригодности и необходимости — не требуют сопоставления между целью и правом. В них требуется всего лишь лучшее соответствие между средством и целью — такое, которое причиняет основному праву наименьший вред. <...> Кроме того, американское конституционное право использует тесты, очень похожие на первые два критерия соразмерности, хотя и не на стадии балансирования в конституционном анализе. Например, тест на наименее обременительное средство, занимающий важное место в американском конституционном праве, очень схож со вторым критерием — необходимостью... а первый критерий — пригодности — внутренне присущ каждому из трёх уровней тщательного судебного контроля, даже в наиболее сдержанном тесте на рациональное основание.

Во-вторых, некоторые сторонники соразмерности утверждают, что этот принцип более объективен и надёжен, поскольку его аналитическая структура делает его неуязвимым для одной из главных проблем, неизбежно присущих балансированию, — несоизмеримости. В отличие от балансирования, соразмерность даже в третьем своём критерии (соразмерности в узком смысле) не требует сравнения двух несоизмеримых ценностей. Вот удачный пример, которым можно проиллюстрировать это утверждение. Представим себе собачью выставку с несколькими конкурсами: лучший бульдог на выставке, лучший шнауцер и т. п. Однако существует в том числе и финальный конкурс на самую лучшую собаку. Сравнение одного шнауцера с другим оправдано, но как сравнивать между собой бульдогов и шнауцеров? Согласно этому аргументу, соразмерность позволяет нам найти решение: мы берём бульдога — победителя среди бульдогов и шнауцера — победителя среди шнауцеров и задаёмся вопросом, насколько каждый из них близок к идеальному бульдогу или шнауцеру с точки зрения стандарта соответствующей породы. Аналогич-

ным образом и соразмерность рассматривает каждую ценность с точки зрения её собственных критериев, не нуждаясь в сопоставлении несоизмеримого, и лишь потом задаёт вопрос по каждому из них, в какой мере нарушение правила затрагивало сущность этой ценности. <...> ...Преимущество соразмерности состоит в сосредоточивании внимания на обстоятельствах дела, а не на ценностных суждениях, что способствует большей легитимности и меньшей субъективности судебных решений. Можно противопоставить такой аргументации два основных возражения. Во-первых, этот аргумент верен по отношению к балансированию в той же мере, что и по отношению к соразмерности. Иными словами, если возможно применить третий критерий этого теста таким образом, чтобы при этом не требовалось сравнивать несоизмеримые ценности, то можно точно так же использовать приём балансирования. Этого ни разу не было сделано не из-за структурных ограничений балансирования, а из-за специфического уклона американских судей. Что ещё более важно, данный аргумент, по сути, пренебрегает тем, насколько при любом применении соразмерности или балансирования обязательны и неизбежны ценностные суждения. Нужно учитывать относительную важность конфликтующих прав и интересов. <...>

И наконец, в-третьих, сторонники соразмерности часто полагают, что балансирование обеспечивает основным правам меньшую степень защиты, чем соразмерность. Они утверждают, что соразмерность основана на представлении о том, что защита прав — нормальная ситуация, а их нарушение — это исключение, требующее для своего оправдания тщательной аргументации. Данный аргумент, однако, основывается не на каком бы то ни было различии между балансированием и соразмерностью, а, скорее, на допущении существования в конституционной культуре тех правовых систем, где принято использовать соразмерность, традиционных установок, заведомо придающих больший «вес» защите основных прав. <...> Например, тест тщательного судебного контроля в США «отличается от других процедур балансирования своими предпосылками, согласно которым “вес” основных прав чрезвычайно высок, и потому публичный интерес должен быть достаточно “весом”, чтобы одержать верх»⁵⁶. Кроме того, даже в основанной на соразмерности правовой системе (такой, как канадская) подход, отдающий приоритет правам согласно основополагающему делу Оукса... с течением времени оказался размытым... Таким образом, некорректно преподносить соразмерность как средство, которое, в отличие от балансирования, по самой своей сути (а не в связи с культурными условиями) защищает основные права.

Этот краткий обзор позволяет прийти к выводу о том, что различия в характере анализа этих двух методов не могут играть решающей роли и, следовательно, не могут создавать существенных различий между этими двумя понятиями. <...>

<...>

В то время как процедура балансирование и соразмерность рассматриваются как две стороны одной медали, историческое исследование их происхождения показывает, что они не связаны друг с другом, возникли в разных обстоятельствах, обращаются к разным проблемам и выполняют диаметрально противоположные функции. Генеалогически у них нет общего предка — скорее, они происходят от двух разных линий. <...> Тем не менее можно представить себе аргументацию, согласно которой этот исторический очерк разницы между американским балансированием и немецким принципом соразмерностью уже не уместен в контексте современного конституционного права, поскольку

⁵⁶ Fallon Jr. R.H. Op. cit. P.1306.

ку после Второй мировой войны эти понятия, судя по некоторым признакам, сближаются.

<...>

3.2.4. Соединённое Королевство. Решение Апелляционного суда Англии и Уэльса от 10 ноября 1947 года⁵⁷

Факты

В соответствии с Законом 1932 года «О воскресных развлечениях» корпорации Веднсбери делегировалось полномочие открывать кинотеатры «при соблюдении таких условий, которые власти сочтут целесообразными». Эта корпорация в 1947 году выдала лицензию организации Associated Provincial Picture Houses, владеющей кинотеатром в Стаффордшире, при условии, что по воскресеньям на сеансы не будут допускаться дети в возрасте до 15 лет, независимо от того, сопровождают их взрослые или нет. Владельцы кинотеатра обжаловали в суд упомянутый административный акт как неразумный.

Проблема

Соответствует ли требованию разумности запрет на посещение детьми кинотеатров в воскресенье?

Позиция

[Лорд Грин, «Хозяин свитков» (глава государственного архива), член Высокого суда правосудия, председатель Апелляционного суда]:

«Верно, что усмотрение должно осуществляться разумно. Но что это значит? Юристы, знакомые с фразеологией, используемой обычно в отношении осуществления законодательно делегируемых полномочий, часто используют слово “неразумный” в довольно широком смысле. Оно часто использовалось и часто используется как общее описание того, что делать нельзя. Например, лицо, наделённое усмотрением, должно, если так можно выразиться, устанавливать для себя цели в праве надлежащим образом. Оно должно обратить внимание на вопросы, которые должны быть разрешены. Оно должно исключить из своего рассмотрения вопросы, которые являются нерелевантными тому, что входит в предмет его рассмотрения. Если такое лицо не соблюдает подобные правила, его можно действительно назвать и его часто называют действующим “неразумно”. Аналогичным образом может существовать что-то настолько абсурдное, что ни одно разумное лицо никогда не могло бы представить, что это находится в пределах властных полномочий... [В решении 1926 году⁵⁸] был приведён пример рыжеволосой учительницы, уволенной за то, что у нее были рыжие волосы. Это неразумно в одном смысле. В другом смысле это решение учитывает нерелевантные обстоятельства. Это настолько неразумно, что данное решение почти можно назваться недобросовестным; но на самом деле все эти аспекты взаимосвязаны друг с другом».

⁵⁷ См.: England and Wales Court of Appeal (King’s Bench Division), 10 November 1947, “Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation” // Law Reports, King’s Bench. 1948. Vol. 1. P.223. URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.pdf> (дата обращения: 07.11.2023).

⁵⁸ См.: Court of Appeal [Chancery Division], 20 November 1925, “Short v. Poole Corporation” // Law Reports, Chancery Division. 1926. P.66.

3.2.5. Канада. Решение Верховного суда от 28 февраля 1986 года «Королева против Оукса»⁵⁹

[У Дэвида Оукса было обнаружено десять бутыльков гашишного масла. Он был обвинён в незаконном хранении наркотиков с целью сбыта. Апелляционный суд провинции Онтарио признал его виновным только в незаконном хранении наркотиков, хотя он обвинялся и в наркоторговле. Согласно Закону о контроле за наркотиками 1961 года, при установлении судом факта, что лицо владело наркотиками, презюмируется и то, что обвиняемый хранил их с целью сбыта, если им не было доказано обратное. Апелляционный суд провинции Онтарио признал подобное обратное бремя доказывания (англ.: *reverse onus*) неконституционным и нарушающим презумпцию невиновности, установленную Канадской хартией прав и свобод 1982 года (*далее* — Хартия)⁶⁰. В Верховный суд Канады от имени Короны была подана апелляция.

Проблема, которую рассматривал Суд, состояла в следующем: соответствует ли предусмотренное Законом о контроле за наркотиками «обратное бремя доказывания» конституционной презумпции невиновности и статье 1 Хартии о гарантировании прав «в таких разумных... пределах, которые могут быть убедительно обоснованы в условиях свободного демократического общества»?]

<...>

V

<...>

63. ...Статья 1 [Хартии] выполняет две функции: во-первых, она конституционно гарантирует права и свободы, изложенные в нижеследующих нормах; и, во-вторых, она прямо устанавливает критерии, обосновывающие исключения... по которым должны оцениваться ограничения этих прав и свобод. Соответственно, любое исследование статьи 1 должно быть основано на понимании того, что оспариваемое ограничение нарушает конституционные права и свободы — права и свободы, которые являются частью права Канады с высшей юридической силой. <...>

64. Второй элемент в истолковании статьи 1, зависящий от контекста, касается словосочетания «свободное и демократическое общество». Включение этих слов в качестве решающего стандарта обоснования ограничений прав и свобод указывает Суду на настоящую цель, ради которой Хартия изначально была инкорпорирована в Конституцию: канадское общество должно быть свободным и демократическим. Суд должен руководствоваться ценностями и принципами, необходимыми для свободного и демократического общества, которые, как я считаю, среди прочего воплощают уважение неотъемлемого человеческого достоинства, приверженность социальной справедливости и равенству, примирение самых разных убеждений, уважение идентичности культур и социальных групп, а также вера в социальные и политические институты, которые расширяют участие индивидов и коллективов в жизни общества. основополагающие ценности и принципы свободного и демократического общества являются источником прав и свобод, гарантированных Хартией, и высшим стандартом, по отношению к которому должно

⁵⁹ См.: Supreme Court of Canada, February 28, 1986, no. 17550 “R. v. Oakes” // Canada Supreme Court Reports [SCR]. 1986. Vol. 1. P. 103. URL: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scr/en/6169/1/document.do> (дата обращения: 07.11.2023).

⁶⁰ См.: Канадская хартия прав и свобод. URL: https://publications.gc.ca/collections/collection_2017/pch/CH37-4-1-2005-rus.pdf (дата обращения: 07.11.2023).

быть установлено, что ограничение этих прав, несмотря на его последствия, является разумным и убедительно обоснованным.

65. Тем не менее права и свободы, гарантированные Хартией, не являются абсолютными. Может возникнуть необходимость ограничить права и свободы в обстоятельствах, при которых их осуществление будет противоречить реализации коллективных целей, имеющих основополагающее значение. По этой причине статья 1 предусматривает критерии обоснованности ограничений прав и свобод, гарантированных Хартией. Эти критерии устанавливают строгий стандарт аргументации, особенно если понимать их с точки зрения двух рассмотренных выше контекстуальных соображений, а именно нарушения конституционно гарантированных прав или свобод и основополагающих принципов свободного и демократического общества.

66. Бремя доказывания того, что ограничение прав или свобод, гарантируемых Хартией, является разумным и убедительно обоснованным в свободном и демократическом обществе, лежит на стороне, стремящейся отстоять это ограничение. Из текста статьи 1 ясно, что ограничения прав и свобод, перечисленных в Хартии, являются исключениями из их общей гарантии. Презумпция состоит в том, что права и свободы гарантируются, если только сторона, ссылающаяся на статью 1, не сможет подвести свою позицию под критерии исключения, которые оправдывают возможность ограничения прав. Это дополнительно подтверждается использованием слова «убедительно», которое ясно указывает на то, что бремя обоснования лежит на стороне, выступающей за ограничение...

<...>

69. Для того чтобы установить, что ограничение является разумным и убедительно обоснованным в свободном и демократическом обществе, должны быть удовлетворены два основных критерия. Во-первых, цель, которой призваны служить меры, оправдывающие ограничение прав или свобод, предусмотренных Хартией, должна быть «достаточно важной, чтобы гарантировать преимущество по сравнению с защищаемыми Конституцией правами или свободами»... Стандарт должен быть высоким, чтобы гарантировать, что незначимые цели или несовместимые с принципами, неотъемлемыми для свободного и демократического общества, не получают защиты со стороны статьи 1. Как минимум, необходимо, чтобы цель касалась настоятельных и существенных проблем в свободном и демократическом обществе, прежде чем её можно будет охарактеризовать как достаточно важную.

70. Во-вторых, как только будет признана достаточно важная цель, сторона, ссылающаяся на статью 1 должна доказать, что избранные средства разумны и убедительно обоснованы. Это включает в себя «форму теста на пропорциональность»... Хотя характер теста на пропорциональность будет меняться в зависимости от обстоятельств, в каждом деле суды должны будут балансировать интересы общества с интересами индивидов и групп. ...Существуют три важных компонента теста на пропорциональность. Во-первых, принимаемые меры должны быть тщательно сформулированы для достижения поставленной цели. Они не должны быть произвольными, несправедливыми или основываться на иррациональных соображениях. Проще говоря, они должны быть разумно связаны с целью. Во-вторых, средства, даже если они рационально связаны с целью в этом первом смысле, должны «как можно меньше» обременять рассматриваемое право или свободу... В-третьих, должна существовать соразмерность между последствиями от мер, которые оправдывают ограничение предусмотренных Хартией прав или свобод, и целью, которая была определена в качестве имеющей «достаточную важность».

71. В отношении третьего компонента, ясно, что общие последствия любой меры, оспариваемой в соответствии со статьёй 1, будут вмешательством в права или свободы, гарантированные Хартией; по этой причине обращение к статье 1 обязательно. Однако анализ последствий должен идти дальше. Хартия гарантирует широкий круг прав и свобод, и в отношении них может возникнуть почти бесконечное количество фактических ситуаций. Некоторые ограничения прав и свобод, защищаемых Хартией, будут более серьёзными, чем другие, с точки зрения характера нарушенных прав или свобод, интенсивности нарушения и степени, в которой меры, налагающие ограничения, нарушают неотъемлемые принципы свободного и демократического общества. Даже если цель имеет большое значение и первые два элемента теста на пропорциональность соблюдены, всё же возможно, что из-за серьёзности отрицательных последствий для индивида или группы лиц мера не будет обоснована с точки зрения цели, для достижения которой она предназначена. Чем серьёзнее отрицательные последствия меры, тем более значимой должна быть цель, для того чтобы мера была разумной и явно оправданной в свободном и демократическом обществе.

[Обеспокоенность Парламента относительно сокращения незаконного оборота наркотиков была существенной и настоящей. Стремление защитить общество от серьёзных болезней, связанных с незаконным оборотом наркотиков, было самоочевидно для целей статьи 1, что потенциально может в некоторых случаях гарантировать приоритет над конституционно защищаемыми правами. Однако не было никакой рациональной связи между фактом владения наркотическими средствами и предполагаемой целью их сбыта. Наличие незначительного количества наркотиков не подтверждает вывод о незаконной наркоторговле. Апелляция была отклонена, а ответ на конституционную проблему был дан утвердительный.]

Вопросы и комментарии к материалам и судебным решениям

1. В статье экс-председателя Федерального конституционного суда Германии Андреаса Фоскуле подчёркивается, что запрет чрезмерности существует уже давно. Кроме того, обращается внимание на появившуюся позднее в судебной практике комплементарную категорию «запрет недостаточности». Аналогичным образом Конституционный Суд РФ в Методологическом руководстве 2021 года обращает внимание на нарушение соразмерности при недостаточности публично-правового воздействия: «В самом общем плане принцип соразмерности предполагает недопущение ни чрезмерного, ни недостаточного публично-правового воздействия при регулировании основных прав и свобод. Нарушение данного принципа, рассматриваемого в широком смысле, посредством недостаточности публично-правового воздействия обычно устанавливается в ходе конституционного нормоконтроля применительно к реализации социальных прав. В этом контексте соразмерность выступает критерием установления мер социальной поддержки в надлежащих, обеспечивающих одну из основ конституционного строя — социальный характер российской государственности — формах и объёмах» (пункт 1.5.1).

Какой области касается запрет чрезмерности, а какой запрет недостаточности государственной деятельности? Означает ли недостаточность деятельности законодателя или иного регулятора, что потенциальный заявитель вправе в своей жалобе потребовать от Конституционного Суда РФ восполнения нормотворческого пробела?

2. Андреас Фосскуле, несмотря на свою должность, считает «не вполне бесспорной» позицию Федерального конституционного суда Германии о распространении соразмерности на сферу местного самоуправления. В отношении государственного права (организация и функционирование органов публичной власти) немецкий конституционалист вовсе категоричен — в этой области анализируемый принцип неприменим. В то же время в Методологическом руководстве 2021 года Конституционный Суд РФ прямо подчёркивает распространение соразмерности (в широком смысле) на «отношения в рамках публичной власти», в том числе «на разграничение предметов ведения и полномочий между различными уровнями и органами публичной власти». В качестве примера в Методическом руководстве приводится дело о защите права собственности субъектов Российской Федерации: «Конституционным Судом были признаны не противоречащими Конституции проверяемые законоположения в части, устанавливающей порядок безвозмездной передачи в федеральную собственность имущества, находящегося в собственности субъектов Российской Федерации, в связи с разграничением полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, поскольку рассматриваемым регулированием предполагается необходимость волеизъявления субъекта Российской Федерации на такую передачу. В результате разграничения полномочий между федеральными и региональными органами право собственности субъектов Российской Федерации может быть ограничено, если такое ограничение необходимо для защиты конституционных ценностей и по своему характеру соразмерно тем конституционно значимым целям, ради которых оно вводится... принцип соразмерности выступает критерием конституционности федерального вмешательства в полномочия региональных властей» (пункт 1.5.1).

Обладают ли органы публичной власти конституционными правами, предусмотренными главой 2 Конституции РФ? Каковы достоинства и недостатки распространения персональной сферы действия принципа соразмерности на властных субъектов?

3. Ключевой проблемой для соразмерности выступает теория разделения властей. Каким образом в процессе применения этого принципа различаются объём дискреции законодателя, с одной стороны, и объём усмотрения органов исполнительной и судебной власти, с другой стороны? Могут ли административные органы самостоятельно определять публичные цели, для достижения которых может потребоваться ограничение прав? Связан ли Президент РФ конституционными и законодательно установленными целями при осуществлении стратегического планирования основных направлений социально-экономической политики? Как соотносятся компетенция законодателя и компетенция органов конституционного правосудия в оценке соразмерности вмешательства в конституционные права? Какова роль судебного усмотрения при разбирательстве дел, связанных с оценкой соразмерности ограничения конституционных прав? Уместно ли оно в данных делах? Можно ли хоть как-то его минимизировать и что для этого необходимо?

4. Андреас Фосскуле обращает внимание на особенности разрешения коллизии между двумя однопорядковыми основными правами. Чем такая

ситуация отличается от конфликта между конституционным правом и публичным интересом? Может ли осуществление одного конституционного права привести к нарушению другого основополагающего права? Какому из конфликтующих конституционных прав нужно отдавать предпочтение? Различаются ли конституционные права по степени важности и фундаментальности? Могут ли органы конституционного правосудия установить иерархию конституционных ценностей?

5. Израильские исследователи М. Коэн-Элия и И. Порат наряду с историческими различиями соразмерности и балансирования уделили внимание в своей статье вопросам идеологии и ценностных суждений в практике Верховного суда США. Как вы думаете, применимы ли подобные подходы в рамках в континентальной правовой традиции в целом и в России в частности? Каким образом различаются романо-германская и англо-саксонская правовые традиции в рамках идеологии и установок судей? Нужно ли учитывать идеологические установки и ценностные суждения в процессе балансирования частных и публичных интересов? Влияют ли на итоговые выводы суда либеральные или левые взгляды судей, разрешающих дела об изменении налогообложения бизнеса или о социальной поддержке граждан? Всегда ли можно примирить взгляды прогрессивно настроенного судьи по поводу свободы женщины на прерывание беременности с позицией консервативного сторонника запрета аборт? Или подобные факторы находятся за рамками юриспруденции и не должны приниматься во внимание при разрешении конституционных споров?

6. Проблема несоизмеримости конфликтующих индивидуальных прав и публичных интересов относится к числу сложнейших в практике конституционного правосудия. В доктрине и судебной практике встречаются описывающие эту проблемы метафоры, среди которых, например, мнение американского судьи Антонина Скалиа о сравнении длины линии с весом камня⁶¹. М. Коэн-Элия и И. Порат также вносят свою лепту в образное описание процедуры судейского взвешивания. Они приводят пример с разными породами собак, чтобы проиллюстрировать проблему несоизмеримости взвешиваемых ценностей: «Насколько каждый из них близок к идеальному бульдогу или шнауцеру с точки зрения стандарта соответствующей породы». Эта метафора в каком-то смысле применяет концепцию практического согласования интересов⁶². Такой подход позволяет победить каждой конкурирующей стороне. Однако к метафорам следует относиться с осторожностью. Как поменяются смыслы обсуждения, если сравнить сложные конституционные конфликты с борьбой хищника и травоядного животного? Ещё более сложным представляется путь достижения равновесия между основополагающими правами частного лица и не менее значимыми публичными интересами в чрезвычайных условиях. Как добиться гармонии в этом случае?

⁶¹ См.: United States Supreme Court, decided June 17, 1988, no.87-367 “Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.” (Scalia, J., concurring) // United States Supreme Court Reports. 1988. Vol. 486. P. 888, 897. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/888/> (дата обращения: 07.11.2023).

⁶² См.: Раздел 3.3 «Общие вопросы и комментарии» в настоящей главе.

3.2.6. Россия. Определение Конституционного Суда от 19 февраля 2009 года № 137-О-О⁶³

[Граждане Э. Д. Бзарова, Э. Л. Кесаева, В. А. Назаров и Э. Л. Тагаева признаны потерпевшими в результате террористического акта, произошедшего в городе Беслан 1–3 сентября 2004 года. В данном деле был поставлен вопрос о том, нарушает ли конституционное право на жизнь положение антитеррористического законодательства, запрещающее вести с террористами переговоры о выполнении их политических требований, если в результате пресечения теракта погибли или серьезно пострадали заложники.]

<...>

2.1. Российская Федерация как демократическое федеративное правовое государство обязана обеспечивать признание, соблюдение и защиту прав и свобод человека и гражданина, единство статуса личности на всей территории Российской Федерации, а также защиту других конституционных ценностей, таких как суверенитет и государственная целостность Российской Федерации, единство системы государственной власти, разграничение предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами, единство экономического пространства, обеспечение обороны страны и безопасности государства. ...Запрещается деятельность, направленная на насильственное изменение основ конституционного строя и нарушение целостности Российской Федерации, подрыв безопасности государства, разжигание социальной, расовой, национальной и религиозной розни... <...>

Непосредственно из закрепленных Конституцией Российской Федерации основ конституционного строя Российской Федерации вытекает необходимость принятия адекватных мер, направленных на защиту Конституции Российской Федерации, а также обязанность государства по установлению правовых механизмов, в максимальной степени способствующих обеспечению общественной безопасности, предупреждению и пресечению преступлений, предотвращению их негативных последствий для охраняемых законом прав и интересов граждан. Из смысла приведенных конституционных норм также следует недопустимость совершения представителями государственной власти действий, прямо или косвенно способствующих изменению конституционного строя Российской Федерации.

2.2. Как указано в докладе Рабочей группы по разработке политики по вопросу о роли ООН в связи с терроризмом (6 августа 2002 года), в современных условиях терроризм используется как стратегия (пункт 11) и в большинстве случаев по существу представляет собой политический акт (пункт 13).

Согласно Декларации о мерах по ликвидации международного терроризма, утвержденной резолюцией 49/60 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1994 года, государства, руководствуясь целями и принципами Устава ООН и другими соответствующими нормами международного права, обязаны воздерживаться от попустительства или поощрения деятельности, направленной на совершение террористических актов (пункт 4), предпринимать все необходимые шаги к претворению в жизнь международных конвенций о борьбе с терроризмом, включая приведение своего внутреннего законодательства в соответствие с этими конвенциями (подпункт «е» пункта 5). Безогово-

⁶³ Определение Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2009 года № 137-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Э. Д. Бзаровой, Э. Л. Кесаевой, В. А. Назарова и Э. Л. Тагаевой на нарушение их конституционных прав положением пункта 2 статьи 14 Федерального закона “О борьбе с терроризмом”». URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision18743.pdf> (дата обращения: 07.11.2023).

рочное осуждение актов, методов и практики терроризма подтверждено государствами — членами ООН в Декларации, дополняющей Декларацию о мерах по ликвидации международного терроризма 1994 года, утвержденной резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи ООН от 17 декабря 1996 года; при этом было подчеркнуто обязательство государств, согласно соответствующим положениям международного права, взаимодействовать в деле предотвращения, пресечения и ликвидации терроризма (пункты 1 и 5).

Подтверждая настоятельную необходимость всеми средствами бороться с любыми формами и проявлениями терроризма, снижающего уровень стабильности в мире, создающего серьезную и возрастающую угрозу осуществлению прав человека, социальному и экономическому развитию государств, Совет Безопасности ООН в резолюции 1624 (2005), принятой 14 сентября 2005 года, подчеркивает значимость принятия на национальном и международном уровнях соответствующих мер для защиты права на жизнь. В параграфе 1 статьи 4 Рамочного решения Совета Европейского Союза о борьбе с терроризмом от 13 июня 2002 года подчеркивается, что каждое государство-участник должно принять необходимые меры с тем, чтобы сделать наказуемым подстрекательство к совершению террористических преступлений и пособничество этим преступлениям.

Таким образом, международные документы ориентируют государства на бескомпромиссную борьбу с терроризмом, недопустимость выполнения политических требований террористов, предписывают применение комплекса правовых, политических, социально-экономических, пропагандистских и иных мер противодействия терроризму для защиты личности и общества от порождаемых им угроз, склонения к добровольному отказу от акта терроризма, предупреждения его последствий.

2.3. Терроризм — это идеология насилия и практика воздействия на принятие решения органами государственной власти, органами местного самоуправления или международными организациями, связанные с устрашением населения... деяние, направленное на то, чтобы вызвать смерть какого-либо гражданского лица или любого другого лица, не принимающего активного участия в военных действиях в ситуации вооруженного конфликта, или причинить ему тяжкое телесное повреждение, а также нанести значительный ущерб какому-либо материальному объекту, равно как организация, планирование такого деяния, пособничество его совершению, подстрекательство к нему, когда цель такого деяния в силу его характера или контекста заключается в том, чтобы запугать население, нарушить общественную безопасность или заставить органы власти либо международную организацию совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения (статья 1 Шанхайской конвенции о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом, ратифицированной Федеральным законом от 10 января 2003 года № 3-ФЗ). Терроризм, таким образом, по своей природе связан с воздействием на политическую сферу, направленным на изменение конституционных принципов организации государства и общества, в том числе умаление или отмену прав и свобод человека и гражданина.

Поэтому оспариваемое законоположение... запрещая вести с террористами переговоры о выполнении их политических требований, как посягающих на базовые конституционные ценности, по своему содержанию является гарантией этих ценностей. Данное нормативное положение не предполагает отказ от признания и защиты прав и свобод человека, а равно пренебрежение жизнью и здоровьем граждан при пресечении террористического акта. Иное противоречило бы как статьям 1, 2, 15 и 17 Конституции Российской Федерации, так и статье 2 Федерального закона «О противодействии терроризму», определяющей в числе основных принципов противодействия терроризму

обеспечение и защиту основных прав и свобод человека и гражданина и приоритет защиты прав и законных интересов лиц, подвергающихся террористической опасности.

2.4. Законодательное установление недопустимости рассматривать при ведении переговоров с террористами выдвигаемые ими политические требования, будучи адресовано во многом и субъектам этих преступлений, носит превентивный характер и является мерой предупреждения террористических актов, преследующих политические цели, делая их достижение невозможным, а совершение террористического акта — бессмысленным.

Стратегия проведения в конкретной ситуации переговоров с террористами для сохранения жизни и здоровья людей должна выбираться с учетом того, что обсуждение вопроса о выполнении политических требований террористов и, тем более, какие-либо уступки им в этой части не способствуют минимизации последствий терроризма, а наоборот, могут усугубить террористическую угрозу, усилить агитационно-пропагандистский эффект террористического акта, стимулировать совершение новых актов терроризма и в конечном счете — способствовать их превращению в механизм политического управления государством, что несовместимо с самими принципами существования демократического правового государства.

Таким образом, [оспариваемое законоположение] ...направлено на предотвращение террористической угрозы, а соответственно, на обеспечение безопасности личности и сохранение жизни людей, т. е. согласуется с конституционно значимыми целями и не может расцениваться как нарушающее конституционные права заявителей.

Баланс конституционных ценностей при принятии решения о переговорах не может быть выявлен лишь правовыми средствами. Поэтому оценка законности, обоснованности и целесообразности действий и решений, принятых органами исполнительной власти и их должностными лицами при проведении контртеррористической операции, в частности выбранной ими в конечном итоге модели пресечения террористического акта (силовой или переговорной), а равно тактики организации и проведения переговоров с террористами, не входит в компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации.

<...>

1. Отказать в принятии к рассмотрению жалобы граждан... поскольку она не отвечает требованиям [законодательства о допустимости конституционной жалобы]..

2. Определение Конституционного Суда Российской Федерации по данной жалобе окончательно и обжалованию не подлежит.

3.2.7. Европейский Суд по правам человека, Постановление от 13 апреля 2017 года «Тагаева и другие против России»⁶⁴

Факты

[1 сентября 2004 года во время традиционной церемонии перед началом учебного года группа вооружённых террористов захватила заложников в школе города Беслана (Республика Северная Осетия). Более чем 1 100 присутствующих заставили зайти в спортивный зал на первом этаже, в котором террористы установили взрывные устройства. 16 мужчин-заложников были убиты в тот же день. 3 сентября в спортивном зале,

⁶⁴ Tagayeva and Others v. Russia, App. nos. 26562/07 and 6 others, Judgment of 13 April 2017, European Court of Human Rights, First Section. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-172660> (дата обращения: 07.11.2023).

где находились заложники, произошло несколько взрывов. Многочисленные жертвы были вызваны самими взрывами или последовавшим за ними пожаром, а также стрельбой по заложникам при попытке бегства. В это же время федеральные силы штурмовали здание. В ходе террористического акта погибло 334 гражданских лиц, включая 186 детей. По делу всего было 409 заявителей, часть из которых сами были заложниками и/или получили ранения. Другую часть составляли родственники тех, кто находился среди заложников, был убит или ранен].

Проблема

Были ли нарушены позитивные обязательства Российской Федерации по отношению к защите жизни жертв террористического акта в Беслане, а также обязательства по расследованию планирования и контроля за проведением операции и применением летальной силы при предотвращении этого теракта?

Позиция

«[Позитивные обязательства по воспрепятствованию угрозе жизни]

484. ...В июле и августе 2004 года Министерство внутренних дел и ФСБ России издали ряд внутренних директив, указывавших на повышенную террористическую угрозу на Северном Кавказе. Географически эта угроза была сосредоточена на границе между Республикой Ингушетия и Республикой Северная Осетия — Алания... Характер угрозы был указан как террористический акт, включающий захват заложников на гражданском объекте. Несколько документов, принятых после 25 августа 2004 года, связывали нападение с началом учебного года и Днём знаний — 1 сентября, когда каждая школа проводит торжественный сбор учеников, на котором присутствуют многие родители и гости. Угроза была признана достаточно реальной, чтобы привести местные силы безопасности в повышенную готовность. <...>

<...>

486. <...> ...Перед лицом угрозы таких масштабов, её предсказуемости и неотвратимости можно было разумно ожидать, что некоторые превентивные и защитные меры должны охватить все образовательные учреждения в данном районе и включать ряд других мер безопасности, чтобы выявить, сдержать и нейтрализовать террористов как только возможно и с минимальной угрозой для жизни.

<...>

490. С учётом относительно конкретной предварительной информации власти имели достаточную степень контроля над ситуацией, по крайней мере накануне Дня знаний. Таким образом, можно было разумно ожидать, что координирующей структуре будут поручены централизованное рассмотрение угрозы, подготовка адекватного реагирования, распределение ресурсов и обеспечение постоянных контактов с местными силами. ...Несмотря на предсказуемую угрозу для жизни, не были приняты значимые усилия по созданию в какой-либо форме командного центра, который мог бы проводить оценку и сдерживание рисков. Неясно, например, учитывались ли на региональном уровне недостаточные на местном уровне ресурсы для обеспечения безопасности на дорогах, поскольку отсутствует информация об участии в профилактических мерах безопасности группы оперативного руководства Республики Северная Осетия — Алания, осуществляющей контртеррористическую деятельность...

491. ...За несколько дней до происшествия власти имели достаточно конкретную информацию о планируемом 1 сентября террористическом акте в окрестностях Малгобек-

ского района в Республике Ингушетия, планируемом в учебном заведении. В информации, полученной от органов разведки, угроза сравнивалась с крупными нападениями, предпринятыми в прошлом чеченскими сепаратистами и повлёкшими за собой большие жертвы. Риск такого рода явно представлял реальную и непосредственную угрозу для жизни потенциальных жертв, включая уязвимую группу школьников и их сопровождающих, которые могли присутствовать на торжествах по случаю Дня знаний. Власти имели достаточный контроль за ситуацией и с учётом их полномочий от них можно было ожидать принятия необходимых мер для избежания или, по крайней мере, сведения к минимуму этого риска. Хотя некоторые меры были приняты, в целом превентивные меры в настоящем деле могут квалифицироваться как неадекватные. Террористы смогли успешно собраться, подготовиться, передвигаться и захватить свою цель в отсутствие каких-либо профилактических мероприятий. Ни одна структура достаточно высокого уровня не несла ответственность за анализ ситуации, оценку и распределение ресурсов, обеспечение защиты уязвимой группы и эффективного сдерживания угрозы и связи с местными силами.

492. ...При подготовке ответов на незаконные и опасные акты при высоковольтных обстоятельствах компетентные правоохранительные органы, такие как милиция, должны иметь определённую степень дискреции, чтобы принимать оперативные решения. Такие решения почти всегда сложны, и полиция, имеющая доступ к информации и разведывательным данным, обычно находится в лучшем положении для их принятия... Это особенно относится к контртеррористической деятельности, когда власти часто сталкиваются с организованными и глубоко законспирированными сетями, члены которых подготовлены к тому, чтобы причинить максимальный вред гражданским лицам, даже ценой своей собственной жизни. Перед угрозой срочной необходимости избежать серьёзные негативные последствия выбор властями пассивного подхода к обеспечению безопасности потенциальных целей или более активного вмешательства для устранения угрозы является вопросом тактики. Однако данные меры должны быть способны при разумной оценке предотвратить или свести к минимуму известный риск. ...В настоящем деле власти Российской Федерации не смогли принять необходимых мер.

<...>

[Установление причин смерти погибших]

503. ...Причина смерти большинства погибших была установлена только на основе внешних осмотров. Не проводились дополнительные исследования, например, для выявления, извлечения и сравнения внешних предметов, таких как металлические фрагменты, осколки и пули. Решение ограничить исследование тел только внешним осмотром было принято следствием сразу после спасательной операции...

<...>

505. ...Обстоятельства, предшествующие штурму, явно указывали на вероятность больших жертв. В связи с этим трудно оценить очевидную недостаточность подготовки с точки зрения возможностей хранения, осмотра и опознания останков, которые вначале были сложены в школьном дворе, а затем доставлены в морг города Владикавказа, который был недостаточен для их хранения по размеру. Данный недостаток представляется особенно серьёзным с учётом жаркой погоды в регионе во время событий, что должно было обратить внимание компетентных органов на потребность в обеспечении достаточной инфраструктуры, по крайней мере на время, для обеспечения адекватных условий работы судебно-медицинских экспертов.

<...>

506. ...Решение ограничить исследование тел погибших только внешним осмотром при обстоятельствах происшествия было оправдано, трудно распространить ту же логику на более поздние стадии уголовного расследования. Несколько раз родственники тех лиц, кто погиб в школе, просили эксгумировать тела погибших и провести дополнительные исследования для получения более конкретных выводов относительно причины их смерти, но эти ходатайства не удовлетворялись.

507. Треть погибших скончалась от причин, которые не могли быть установлены с уверенностью ввиду обширных ожогов. Такая высокая доля неустановленных причин смерти выглядит поразительной. <...> В ситуации насильственного лишения жизни, как только были проведены опознания, следовало провести индивидуальный и более конкретный анализ причины смерти, который является одной из основных задач следствия. Если точные причины смерти не были с уверенностью установлены, следствие не могло предоставить объективное основание для анализа применения летальной силы представителями государства. <...>

<...>

[Обеспечение и сбор доказательств]

515. <...> Описание многих важных доказательств, таких как части оружия и боеприпасов, не указывало, в какой части здания они были найдены... Не были собраны образцы (мазки или соскобы) для обнаружения следов взрывчатых веществ в зонах воздействия, что впоследствии послужило препятствием для определения видов использованных взрывчатых веществ. Качество экспертной работы на объекте ещё больше уменьшалось утверждениями родственников потерпевших о том, что они находили многие потенциально важные доказательства и личные вещи заложников на городской свалке.

516. ...Следствие надлежащим образом не обеспечило, не сохранило и не зафиксировало доказательства из школьного здания 4 сентября. <...> Необеспечение адекватного сбора и фиксации вещественных доказательств составило серьёзное нарушение требований к эффективному расследованию в настоящем деле.

<...>

[Применения летальной силы]

522. <...> Отсутствие полной описи оружия и боеприпасов, использованных агентами государства, эффективно препятствовало следствию в организации значимой оценки адекватности и пропорциональности аспектов применения силы.

<...>

524. В итоге, что касается применения неизбирательного оружия, способного поставить под угрозу жизнь всех лиц, находившихся в радиусе его воздействия, а именно гранатомётов, огнемётов и танковой пушки... существовал достоверный набор доказательств, указывающих на их использование представителями государства в первые часы штурма. ...Эти доказательства не были полностью оценены следствием. <...>

<...>

527. ...Следствие не смогло адекватно рассмотреть применение летальной силы представителями государства во время операции 3 сентября 2004 года. В частности, следователи не установили основные факты о применении неизбирательного оружия, имевшие решающее значение для оценки причинно-следственной связи между его использованием и жертвами, и поэтому полностью не оценили данные об использовании неизбирательного оружия в то время, когда террористы и заложники находились в одном месте... В сочетании с неполными экспертными данными о причинах смерти и травм, недостатками обеспечения и сбора соответствующих доказательств на месте любые сделанные

выводы относительно уголовной ответственности представителей государства в этом отношении не имеют объективных оснований и потому являются неадекватными.

<...>

570. В ситуации, включающей реальную и непосредственную угрозу для жизни и требующей планирования проведения полицейской и спасательной операций, одной из основных задач компетентных органов должно быть создание ясного распределения сфер ответственности и линий коммуникаций... <...> Поэтому удивительно, что большинство членов органа, уполномоченного для разрешения этих вопросов, было в действительности отстранено от любых обсуждений или процедур принятия решений. <...>

571. Европейский Суд признает, что некоторая степень беспорядка неизбежна в ситуациях такого рода. Он также формально признаёт необходимость учёта проблем безопасности и потому засекречивания некоторых аспектов проведения операции... Он также не ставит под вопрос политические решения, принятые властями, например, по поводу переговоров с террористами, распределения ответственности между должностными лицами за различные аспекты операции, или общий выбор применяемой стратегии. <...>

572. ...Отсутствие ответственности и координации в определённой степени способствовало трагическому исходу событий. Хотя следствие не связало ни одну смерть или травмы с действиями должностных лиц государства, данный вывод представляется ошибочным с учётом известных обстоятельств дела.

<...>

574. ...Власти Российской Федерации не смогли принять существенные меры предосторожности, в частности, из-за неспособности командующей структуры операции поддерживать ясные направления командования и подотчётности, координировать и передавать важные детали, относящиеся к спасательной операции, вовлечённым ключевым структурам, планировать заранее доставку необходимого оборудования и обеспечить снабжение. <...>

<...>

584. ...Планирование и контроль за операцией не обеспечили принятия значимых мер предосторожности для избежания и в любом случае сведения к минимуму случайных жертв среди гражданского населения. <...>

<...>

586. ...В ситуации... установления фактов о событиях, относительно которых стороны не пришли к согласию... выводы о фактах должны быть основаны на стандарте доказывания “вне всякого разумного сомнения”, и такое доказывание может строиться на совокупности достаточно надёжных, чётких и последовательных неопровергнутых фактических презумпций. В данном контексте должно приниматься во внимание поведение сторон при получении доказательств. Кроме того, степень убедительности, необходимая для достижения конкретного вывода, и в этой связи распределение бремени доказывания по существу связаны с особенностями фактов, характером высказанных утверждений и конвенционным правом, о котором идёт речь. <...>

<...>

590. ...Европейский Суд не может согласиться с тем, что власти Российской Федерации предоставили “удовлетворительное и убедительное объяснение” по поводу применения силы, обстоятельств смерти и травм, обжалуемых заявителями. <...> Известные элементы дела позволяют ему заключить, что применение летальной силы представителями государства в определённой степени способствовало возникновению жертв среди заложников.

[Оправданность применения летальной силы]

591. <...> ...Существовала реальная серьёзная и непосредственная угроза массовой гибели людей и... власти имели все основания полагать, что при данных обстоятельствах вооружённое вторжение будет “меньшим злом”. <...> ...После первых взрывов в спортивном зале и начала стрельбы террористов по бегущим заложникам угроза больших человеческих жертв стала реальностью, и у властей не было выбора, кроме применения силы. Соответственно... решение о применении силы представителями государства было оправдано при данных обстоятельствах...

<...>

[Абсолютная необходимость применения летального оружия]

603. <...> ...Пробелы в законодательной основе привели к отсутствию явных указаний на принципы и ограничения применения летальной силы, включая обязательство уменьшить риск причинения необязательного вреда и исключить использование оружия и боеприпасов, которое влечёт за собой неоправданные последствия. Все эти факторы способствовали возникновению ситуации, при которой решения относительно видов используемого оружия, оценки ограничений и условий и решения о практических указаниях передавались на усмотрение командиров, руководивших штурмовой операцией.

<...>

605. <...> ...Представители государства использовали неизбирательное оружие по зданию, когда террористы и заложники находились там вместе... При отсутствии объяснений лица, которое фактически руководило применением летального оружия во время операции, и существенных разногласий по этому ключевому вопросу в других источниках Европейский Суд по правам человека полагает, что власти Российской Федерации не предоставили “удовлетворительного и убедительного объяснения” тому, что использование летального оружия было не более чем абсолютно необходимым».

Решение

«...имело место нарушение... в части позитивного обязательства по воспрепятствованию угрозе для жизни в отношении всех заявителей;

...имело место нарушение... в части обязательства по проведению эффективного расследования в отношении всех заявителей;

...имело место нарушение... в части обязательств по планированию и контролю за проведением операции с применением летального оружия в целях минимизации угрозы жизни...;

...имело место нарушение... в отношении применения летального оружия представителями государства в степени, превышавшей абсолютно необходимую...»

3.2.8. Германия. Решение Федерального конституционного суда от 15 февраля 2006 года⁶⁵

Факты

11 сентября 2001 года четыре пассажирских самолёта американских авиакомпаний были захвачены представителями международной террористической организации и раз-

⁶⁵ См.: Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006, 1 BvR 357/05 [Luftsicherheitsgesetz] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE). 2006. Bd. 115. S. 118. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/>

бились в США. Два самолёта врезались в здания Всемирного торгового центра в Нью-Йорке, один — в здание Пентагона Министерства обороны США. Четвёртый самолёт разбился в штате Пенсильвания после вмешательства пассажиров на борту. В результате терактов погибло более 3000 человек в самолётах и в местах их крушения.

5 января 2003 года вооружённый мужчина угнал спортивный самолёт, на котором летал вокруг финансового района Франкфурта-на-Майне и угрожал врезаться в здание Европейского центрального банка, если ему не дадут поговорить с неким американцем. Полиция эвакуировала высотные здания в центре Франкфурта. В воздух были подняты полицейский вертолёт и военные самолёты. После выполнения требования о разговоре, пилот приземлился и сдался властям без сопротивления.

В Германии были приняты как фактические, так и юридические меры для усиления авиационной безопасности и защиты от посягательств на воздушные суда. Среди прочего новеллами от 11 января 2005 года в Законе об авиационной безопасности было предусмотрено право вооружённых сил сбивать воздушные суда (абзац 3 § 14).

Проблема

Соответствует ли конституционному праву на человеческое достоинство и праву на жизнь законодательство об авиационной безопасности, уполномочивающее сбивать самолёты, которые используются в качестве орудий преступления против жизни других лиц, если в результате применения вооружённых сил оказываются затронутыми неповинные в преступлении люди, находящиеся на борту воздушного судна?

Доводы

«2. Положения абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности также не совместимы с правом на жизнь (предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона) во взаимосвязи с гарантией уважения достоинства личности (абз. 1 ст. 1 Основного закона), если применение вооружённых сил затрагивает невиновных в преступлении лиц, находящихся на борту воздушного судна.

Подверженные такому воздействию пассажиры и члены экипажа находятся в безвыходной ситуации. Они не могут сами, независимо от других, повлиять на свои жизненные обстоятельства. Данный факт превращает их в объект не только преступников. И государство, которое в такой ситуации прибегает к использованию вооружённых сил в соответствии с абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности, превращает их в объект своей спасательной операции для защиты других людей. Такое обращение пренебрегает достоинством и неотъемлемыми правами затронутых лиц как субъектов. Использование их уничтожения в качестве средства для спасения других превращает их в предмет и лишает их прав, поскольку государство в одностороннем порядке распоряжается их жизнями, которые, будучи жертвами, сами нуждаются в защите; им отказывают в человеческой ценности, которой они обладают сами по себе. Кроме того, это происходит в ситуации, в которой не стоит ожидать, что фактические обстоятельства в тот момент, когда требуется принять решение о применении вооружённых сил согласно абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности, могут быть в полной мере известны и правильно оценены.

Принимая во внимание положения абз. 1 ст. 1 Основного закона (гарантия уважения достоинства личности), представляется абсолютно не допустимым, что вследствие законодательного регулирования невинные люди, находящиеся в такой беспомощной ситуации, могут преднамеренно лишаться жизни. Предположение относительно того, что лицо, поднимающееся на борт воздушного судна в качестве члена экипажа или пассажира, вероятно, одобряет действия по уничтожению, а также одобряет и свою смерть в случае попадания в воздушное происшествие, является далекой от жизни фикцией. Также точка зрения, согласно которой затронутые лица и без того обречены на гибель, не мешает охарактеризовать убийство невинных людей в указанной ситуации в качестве нарушения прав затронутых лиц на человеческое достоинство. Человеческая жизнь и человеческое достоинство, независимо от длительности физического существования отдельного человека, подлежат одинаковой конституционной защите. Отстаиваемое иногда мнение о том, что удержанные на борту воздушного судна лица стали частью оружия и должны смириться с обращением с ними, как с таковым, откровенно выражает, что жертвы происшествия уже не воспринимаются как люди. Мысль о том, что каждый отдельный человек в интересах государства в целом в случае крайней необходимости обязан пожертвовать своей жизнью, если только таким образом возможно защитить правовое общество от посягательств, нацеленных на его разрушение или уничтожение, также не приводит к иному результату. Поскольку сфера применения абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности не предполагает защиту от посягательств, нацеленных на уничтожение общества и разрушение правового и свободного государственного порядка. В конечном счете положения абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности также нельзя оправдать обязанностью государства защищать жизнь тех людей, против которых воздушное судно должно быть использовано как орудие преступления. Для исполнения государственных охранительных функций могут быть использованы только меры, соответствующие Основному закону. В данном случае это не так.

3. Однако прямое воздействие с применением вооруженных сил соответствует положениям абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности во взаимосвязи с положениями абз. 1 ст. 1 Основного закона, если оно направлено на воздушное судно без экипажа или исключительно на лиц, которые хотят использовать воздушное судно в качестве орудия преступления против жизни людей, находящихся на земле. Указанное соответствует субъективированной позиции нападающего, когда последствия его поведения, определенные им самим, возникают лично для него, и на него возлагается ответственность за начатые им действия. В таком случае обеспечивается принцип соразмерности. Цель, обозначенная абз. 3 § 14 Закона об авиационной безопасности, заключающаяся в спасении жизни людей, имеет такое значение, что может оправдать серьезное посягательство на основное право преступников на жизнь. Кроме того, тяжесть направленного против них посягательства на основное право смягчается тем, что преступники сами вызывают необходимость государственного вмешательства и могут избежать такого вмешательства в любое время, отступив от исполнения своего преступного плана. Однако и в этом случае регулирование обоснованно, поскольку в таком случае Федерация обладает законодательной компетенцией».

Решение

Полномочие вооружённых сил сбивать самолёты не совместимо с конституционным правом на жизнь и с гарантией достоинства личности, если в результате применения вооружённых сил оказываются затронутыми невинные в преступлении люди, находящи-

еся на борту воздушного судна. Указанные лица становятся исключительно объектами, поскольку государство лишает их жизни ради спасения других людей; им отказывают в человеческой ценности.

3.2.9. Израиль. Решение Верховного суда от 30 июня 2004 года «Совет деревни Бейт Сурик против Правительства Израиля»⁶⁶

[С 1967 года Израиль удерживает районы Иудеи и Самарии под военной оккупацией. После провала политических переговоров израильско-палестинский конфликт достиг новой точки насилия в 2000 году. Палестинская сторона начала кампанию террора против Израиля и израильтян. С 2000 по 2004 год на территории Израиля было совершено более 780 нападений, а в оккупированных районах — более 8200 нападений. Вооружённый конфликт унёс жизни 900 граждан и резидентов Израиля, более 6000 получили ранения. В результате вооружённого конфликта погибло и получило ранения множество людей и с палестинской стороны. Вместе с другими средствами палестинцы используют управляемые живые бомбы. Террористы-смертники добираются до любого места, где можно найти израильтян. Командующий Армией обороны Израиля (*далее — ЦАХАЛ*) на Западном берегу реки Иордан отдал приказ захватить земельные участки в районах Иудеи и Самарии. Цель захвата состояла в том, чтобы возвести на земле разделительный барьер. Палестинцы оспаривают приказы командующего ЦАХАЛ, утверждая, что эти акты представляют собой незаконную конфискацию палестинской земли. Правительство Израиля утверждало, что разделительный барьер (стена) является законным и обоснованным средством, необходимым для защиты от палестинского терроризма и, в частности, от террористов-смертников].

<...>

Полномочия по возведению стены

26. Заявители обосновывают свою позицию о том, что командующий не имеет полномочий по строительству стены, двумя доводами. Во-первых, командующий не имеет полномочий отдавать приказы о строительстве стены, поскольку в основе его решения лежат политические, а не военные соображения.

27. Можно согласиться с тем, что командующий не может отдать приказ о строительстве стены, если причины принятия такого решения носят политический характер. Возведение стены не может быть мотивировано желанием «аннексировать» территории, включив их в состав государства Израиль. Целью строительства стены не может быть проведение политической границы. <...>

Командующий войсками, находящимися на оккупированной территории, должен найти равновесие между нуждами армии, с одной стороны, и потребностями местных жителей, с другой стороны. В рамках поиска этого тонкого баланса не могут учитываться дополнительные соображения, будь то политические соображения, аннексия территории или установление постоянных государственных границ. <...>

⁶⁶ Supreme Court of Israel. Judgment from June 30, 2004, HCJ 2056/04 “Beit Sourik Village Council v The Government of Israel; Commander of the IDF Forces in the West Bank” // Israel Law Review. 2014. Vol. 38. No. 1–2. P. 83–133.

28. Изучив аргументы заявителей и основываясь на имеющихся фактах, можно прийти к выводу, что строительство стены продиктовано соображениями безопасности. <...>

29. <...> Стена предназначена для предотвращения беспрепятственного прохода жителей этого района на территорию Израиля и их проникновения в израильские города, расположенные в этом районе. <...>

<...>

32. Второй аргумент заявителей заключается в том, что строительство стены в этом районе в значительной степени основано на конфискации земли, находящейся в частной собственности местных жителей, что эта конфискация является незаконной и что поэтому в полномочия командующего не может входить возведение подобного препятствия. Нельзя согласиться с этим аргументом. <...> ...Командующий уполномочен... конфисковать землю, если это необходимо для нужд армии. <...> Конечно... командующий должен учитывать потребности местного населения. <...> При условии, что строительство стены необходимо с точки зрения военных соображений, оно допустимо. <...> Конечно, при составлении схемы строительства стены нужно учитывать потребности местного населения. <...> Этот вопрос, однако, касается схемы строительства стены, а не полномочий по её возведению.

Схема строительства стены

<...>

34. Право военной оккупации признаёт полномочия командующего по поддержанию безопасности в районе и защите безопасности своей страны и её граждан. Однако оно предполагает соблюдение условий, при которых данные полномочия могут быть реализованы. Реализация этих полномочий должна быть надлежащим образом сбалансирована с правами, потребностями и интересами местного населения.

<...>

...Первая цель — военная, а вторая — гражданско-гуманитарная. Первая призвана обеспечить безопасность вооружённых сил, удерживающих район, а вторая направлена на ответственность за обеспечение благополучия жителей. В том, что касается второй цели, командующий несёт ответственность не только за поддержание порядка и безопасность жителей, но и за защиту их прав, особенно конституционных прав. Забота о правах человека находится в центре гуманитарных соображений, которые командующий должен принимать во внимание. <...>

<...>

Соразмерность

36. Проблема поиска баланса между безопасностью и свободой возникает не только в контексте пределов усмотрения командующего района, находящегося под военной оккупацией. Это общая проблема как в национальном праве, так и в международном. Её решение универсально. Оно коренится глубоко в общих принципах права, которые включают разумность и добросовестность. <...> Одним из таких основополагающих принципов, в соответствии с которым необходимо найти баланс между правомерной целью и средствами её достижения, является принцип соразмерности. В соответствии с этим принципом индивидуальная свобода может быть ограничена (в данном случае свобода местных жителей, находящихся под военной оккупацией) при условии, что ограничение будет соразмерным. Такой подход применим ко всем отраслям права. <...>

<...>

38. Принцип соразмерности является не только общим принципом международного права. Он также является общим принципом административного права Израиля. <...> Принцип соразмерности применяется ко всем актам административных органов. Он также применяется к полномочиям командующего, которые тот реализует в соответствии с нормами права военной оккупации.

<...>

Значение принципа соразмерности и его элементы

40. В соответствии с принципом соразмерности решение административного органа является законным только в том случае, если средства, используемые для достижения поставленной цели, являются соразмерными. Таким образом, принцип соразмерности касается взаимосвязи между целью, которую предполагается достигнуть, и средствами, используемыми для её достижения. Этот принцип является общим и требует применения. Таким образом, как в международном праве, которое имеет дело с различными национальными правовыми системами — как семьи общего права (например, Канада), так и семьи континентального права (например, Германия), — а также в национальном праве Израиля конкретное содержание принципа соразмерности выражают три критерия (субтеста). <...>

41. Первый субтест заключается в том, что цель должна быть связана со средствами. Средства, которые использует административный орган, должны быть разработаны таким образом, чтобы достичь именно ту цель, которую этот орган пытался достичь. Средства, используемые этим органом, должны рационально приводить к осуществлению цели. Это критерий «пригодности» или «рациональности средств». Согласно второму субтесту, средства, используемые административным органом, должны причинять человеку как можно меньше вреда. Из набора средств, которые могут быть использованы для достижения цели, должны использоваться наименее обременительные средства. Это тест на «наименее обременительные средства». Третий тест требует, чтобы вред, причиняемый человеку средствами, используемыми органом для достижения своих целей, был надлежащим образом соразмерен выгоде, полученной в результате применения этих средств. Это тест «соразмерности средств» (или соразмерности «в узком смысле»). Тест соразмерности «в узком смысле» обычно применяется в «абсолютных значениях» путём прямого сравнения выгоды от административного акта с вредом, который он причиняет. Однако тест соразмерности в узком смысле также можно применять в «относительных значениях». В соответствии с этим подходом административный акт проверяется в сравнении с другим актом, от которого будет несколько меньше пользы, чем от предыдущего. Первоначальный административный акт является несоразмерным в узком смысле, если некоторое снижение пользы, полученной в результате принятия первоначального акта, например за счёт использования альтернативных средств, обеспечивает существенное уменьшение вреда, причинённого этим административным актом.

42. Можно сказать, что средства, используемые административным органом, соразмерны только в том случае, если выполнены требования всех трёх субтестов. Выполнение требований одного или двух из этих субтестов недостаточно. Требования всех трёх из них должны выполняться одновременно. Нередко существует сразу несколько способов, прибегнув к которым можно выполнить требования принципа соразмерности. В таких ситуациях должна быть найдена «зона соразмерности» (наподобие «зоны разумности»). Любые средства, выбранные административным органом, которые попадают в зону соразмерности, являются допустимыми. <...>

<...>

Соразмерность схемы строительства стены

44. <...> Ключевой вопрос о схеме строительства стены заключается в следующем: отвечает ли эта схема требованиям принципа соразмерности? Соразмерность строительства стены можно определить, ответив на три вопроса, к которым сводятся три субтеста в рамках принципа соразмерности. Во-первых, отвечает ли схема строительства требованиям «пригодности средства» (или теста «рациональности средства»)? Вопрос заключается в том, существует ли рациональная связь между схемой и целью строительства стены. Во-вторых, проходит ли схема проверку на «наименее обременительные средства»? Вопрос здесь состоит в том, причиняет ли выбранная схема наименьший вред среди тех вариантов схемы, которые позволили бы достичь цели строительства стены. В-третьих, проходит ли схема проверку на критерий соразмерности в узком смысле? Вопрос заключается в том, наносит ли запланированная командующим схема стены такой вред местным жителям, что отсутствует соразмерность между вредом от строительства стены и пользой для безопасности. Согласно «относительному» анализу этого теста, строительство стены будет признано несоразмерным, если будет предложена альтернативная схема, которая имеет меньшее преимущество в безопасности, чем схема, выбранная ответчиком, но которая причинит значительно меньший вред, чем первоначальная схема.

Пределы судебного контроля

45. Прежде чем рассмотреть вопрос о соразмерности схемы строительства стены, уместно определить характер проверки. Нужно исходить из того... что решение Правительства о строительстве стены обосновано соображениями безопасности, а не политическими интересами. <...>

Военный характер схемы строительства стены

46. Первый вопрос касается военного характера схемы. В его рамках устанавливается, достигает ли запланированная командующим схема установленной цели и не существует ли схемы, которая лучше пригодна для достижения этой цели. Этот вопрос требует знаний в области военного дела. Судьи Верховного суда не являются военными экспертами. Судьям не следует оценивать соответствие мнения командующего войсками своему собственному в той мере, в какой у судей существует мнение относительно военного характера схемы. Подобным образом судьи действуют при проверке вопросов, которые требуют специальных знаний, подобным образом они действуют и тогда, когда эти вопросы касаются военного дела. Можно только установить то, выбрал бы ли разумный командующий ту же схему, которую выбрал командующий в настоящем деле. <...> Осуществляя судебный надзор, судьи не превращаются в экспертов по вопросам безопасности. Судьи не подменяют соображения безопасности командующего своей собственной оценкой безопасности. Судьи не занимают никакой позиции в отношении того, как организуется безопасность. Задача судей — охранять границы и не допускать расширения пределов усмотрения командующего... «Безопасность государства» действительно не является «заклинанием», после произнесения которого исчезает судебный контроль. Поэтому суд не воздерживается от проверки решений командующего... просто потому, что в основе его решения лежат важные соображения безопасности. Тем самым суд не будет подменять усмотрение командующего своим собственным усмотрением. <...>

47. Находящаяся на нашем рассмотрении жалоба является исключительной в том смысле, что Совет мира и безопасности представил своё экспертное заключение. Это

заключение содержит комментарии о военных аспектах стены. Они были представлены экспертами в области военного дела и безопасности, их опыт также признал командующий этим районом. Таким образом, в суд направлены противоположные мнения о военных аспектах схемы строительства стены. Эти мнения основаны на противоположных позициях по вопросам военного дела. <...> Вправе ли суд, принимая во внимание текущую ситуацию, согласиться с мнением Совета мира и безопасности? Ответ суда отрицательный. В основе этого подхода лежит давняя позиция суда о том, что нужно придавать особое значение мнению военного должностного лица, отвечающего за безопасность.

<...>

<...>

Соразмерность схемы строительства стены

48. Второй вопрос касается соразмерности схемы строительства стены, выбранной командующим. <...> Вопрос здесь состоит не в соразмерности различных военных соображений. Вопрос состоит в соразмерности между военными и гуманитарными соображениями. <...> Вопрос заключается в том, отвечает ли схема строительства стены критериям принципа соразмерности с точки зрения правовых норм. Это юридический вопрос... <...> Предметом судебного контроля не является вопрос о том, насколько разумным было решение о начале военной деятельности. Осуществляя контроль, суд исследует законность военной деятельности. <...> Тот факт, что деятельность необходима с военной точки зрения, не означает, что она законна с точки зрения права. И действительно, суд не подменяет усмотрение командующего собственным усмотрением в том, что касается военных соображений. Это его прерогатива. Суд осуществляет проверку последствий [этой деятельности] с точки зрения гуманитарного права. Это прерогатива суда. <...>

От общего к частному

<...>

57. Является ли соразмерным вред, который причинён местным жителям на этом участке, с учётом избранной командующим схемы строительства стены? Ответ на этот вопрос требует изучения соразмерности схемы с использованием трёх критериев. В рамках первого критерия проводится проверка того, существует ли рациональная связь между целью строительства стены и схемой её строительства. Ответ суда положительный, такая рациональная связь существует. <...>

58. Второй критерий требует ответа на вопрос о том, возможно ли достичь целей безопасности, для которой возводится стена, таким образом, чтобы местным жителям был причинён наименьший вред. Нет никаких сомнений — и это даже не оспаривается, — что схема, предложенная членами Совета мира и безопасности, причинит меньше вреда местным жителям, чем схема, избранная командующим. Вопрос заключается в том, достигает ли [предложенная Советом] схема цели безопасности в той же степени, что и схема, избранная командующим. На этот вопрос нельзя ответить утвердительно. <...> ...Не существует альтернативной схемы, которая в похожей степени способствовала бы достижению цели безопасности и при этом причиняла бы меньший вред местным жителям. Принимая во внимание текущую ситуацию, можно прийти к выводу о том, что требования второго критерия в рамках принципа соразмерности в контексте вопроса, находящегося на рассмотрении, являются выполненными.

59. В рамках третьего критерия проверяется, является ли вред, причинённый местным жителям в результате строительства стены, соразмерным пользе с точки зрения безопасности, полученной от строительства стены на выбранном маршруте. Этому тесту

на соразмерность средств (или соразмерность «в узком смысле») недостаточно, чтобы административный орган выбрал надлежащие и наиболее умеренные средства для достижения цели; он также должен оценить пользу для общества и ущерб, который будет причинён индивиду этим средством в обстоятельствах рассматриваемого дела. Он должен задаться вопросом, является ли в этих обстоятельствах польза для общества соразмерной вреду, которой был причинён индивиду. Польза и вред — или, можно также сказать, средства и цель — должны быть соразмерными. <...>

В рамках этого критерия происходит взвешивание издержек и выгод. <...> В соответствии с требованиями этого критерия решение административного органа должно обеспечивать разумный баланс между потребностями общества и вредом, причиняемым гражданину. Цель проверки состоит в том, чтобы определить, являются ли тяжесть вреда, причинённого человеку, и причины, приводимые для его оправдания, надлежащим образом соразмерными друг другу. Это решение выносится с опорой на общую нормативную структуру правопорядка, которая признаёт права человека и необходимость удовлетворения потребностей и обеспечения благосостояния местных жителей... <...>

60. ...Вред, причинённый местным жителям, и польза с точки зрения безопасности от схемы строительства стены, избранной командующим, не являются соразмерными. Схема нарушает тонкий баланс между обязанностью командующего поддерживать безопасность и его обязанностью удовлетворять потребности местных жителей. Этот подход основан на том, что маршрут, намеченный командующим для строительства стены и отделяющий местных жителей от их сельскохозяйственных угодий, наносит серьёзный вред местным жителям и нарушает их права, гарантированные нормами международного гуманитарного права. Факты таковы: более 13 000 фермеров (фалахинов) оказались отрезаны от тысяч дунамов⁶⁷ своей земли и от десятков тысяч деревьев... Не было предпринято никаких попыток найти и предоставить им землю взамен... <...> ...Жизнь фермера полностью изменится по сравнению с его предыдущей жизнью. Схема строительства стены грубо нарушает право собственности и свободу передвижения этих фермеров. Их заработок серьёзно затруднён. Суровая реальность жизни, от которой они пострадали (например, из-за высокого уровня безработицы в этом районе), будет только усугубляться.

61. Этот вред является несоизмеримым. Он может быть существенно уменьшен за счёт [строительства стены] по альтернативной схеме: либо по схеме, предложенной экспертами Совета мира и безопасности, либо по другой схеме, избранной командующим. Такая альтернативная схема существует. Это не плод воображения. <...> Настоящий вопрос заключается в том, является ли польза для безопасности, полученная в результате принятия решения командующим... соразмерной дополнительному вреду, причинённому в результате принятия этого решения (когда стена отделяет местных жителей от их земель). Ответ суда на этот вопрос: выбор военачальником схемы для строительства стены не является соразмерным. <...> В тех случаях, когда стена отделяет жителей от своих земель, должен быть обеспечен доступ к этим землям с тем, чтобы свести вред к минимуму настолько, насколько это возможно.

<...>

85. Задача командующего непростая. Он должен найти тонкий баланс между нуждами безопасности и потребностями местных жителей. На суд произвело впечатление искрен-

⁶⁷ Дунам — мера площади земли, которая равна примерно 900 квадратных метров и используется в отдельных частях бывшей Османской империи, в том числе в Израиле.

нее желание командующего найти этот баланс и его готовность изменить первоначальный план, чтобы отыскать более соразмерное решение. Суд не увидел упрямства с его стороны. Несмотря на всё это, суд считает, что баланс, определённый командующим, не отвечает принципу соразмерности. Поэтому невозможно избежать пересмотра схемы строительства стены в соответствии с установленными судом стандартами соразмерности.

<...>

Вопросы и комментарии к материалам и судебным решениям

1. В этом разделе представлены примеры антитеррористических мер, принятых правительствами России, Германии и Израиля, а также судебная оценка соразмерности этих мер. Государства во всём мире сталкиваются с похожими вызовами в ходе борьбы с терроризмом. Одинаковые ли ответы даются судьями в разных странах? В чём сходства и различия социально-политического контекста этих споров и последствий их разрешения? Каким образом суды воспринимают вес интересов безопасности? Учитывается ли в рассматриваемых делах судьями ценность жизни и здоровья жертв террористических актов и иных третьих лиц? Насколько тщательно проводится судебная проверка оспариваемых актов?

2. Основной закон Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 года открывается следующим утверждением: «Человеческое достоинство неприкосновенно. Уважать и защищать его — обязанность всякой государственной власти» (статья 1)⁶⁸. Каким образом, по вашему мнению, ужасы нацистского режима повлияли на разработку этой нормы? Можно ли считать это положение только философским постулатом и красивым конституционным идеалом? Или на основании принципа уважения человеческого достоинства суды могут разрешать конкретные дела?

Конституционный Суд РФ в какой-то степени воспринял подобные подходы к достоинству. В соответствии с его правовой позицией «Конституция Российской Федерации и международно-правовые акты исходят из того, что в сфере любых правоотношений... личность выступает не как объект государственной деятельности, а как полноправный субъект, что обязывает государство обеспечивать уважение достоинства личности... при реализации... [конституционных прав]. Произвольное, без учёта волеизъявления гражданина лишение... [прав], умаляет достоинство личности, что... является недопустимым как при издании, так и при применении законов»⁶⁹. Применима ли эта позиция в бесланском деле?

Федеральный конституционный суд Германии в деле о полномочии сбивать самолёты учитывает разницу в положении и волевом аспекте поведения заложников, с одной стороны, и террористов, с другой стороны. Первые не могут что-либо предпринять, будучи жертвами террористического акта на борту самолёта. Террористы же, напротив, целенаправленно совер-

⁶⁸ См.: Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Европейский союз, Соединённые Штаты Америки, Япония / сост. В. В. Маклаков. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 164.

⁶⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 мая 1996 года № 12-П «По делу о проверке конституционности пункта “г” статьи 18 Закона Российской Федерации “О гражданстве Российской Федерации” в связи с жалобой А. Б. Смирнова» // СЗ РФ. 1996. № 21. Ст. 2579.

шают террористические акты и всегда могут отказаться от своих намерений. Согласны ли вы с таким дифференцированным подходом немецких судей? Можно ли утверждать, что право на уважение человеческого достоинства всё же не абсолютно, поскольку судом допускается лишение этого права террористов? Как вы думаете, в такой ситуации конституционное право террористов на достоинство является относительным? Должны ли преступники вообще пользоваться конституционными правами?

3. Для анализа соразмерности антитеррористических мер может потребоваться изучение фактических обстоятельств конкретного дела. Попробуйте в Интернете найти упоминание о заявителях по делу о Беслане. Какие факты вам удалось найти? Что они добавляют в понимании сути этого дела? В решениях по бесланской трагедии подходы Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека в вопросах фактов кардинально отличаются. Страсбургский суд подробно и всесторонне оценивает факты (раздел 1 «Обстоятельства дела» охватывает пункты 5–456). Между тем российский орган конституционного правосудия в целом позиционирует себя как суд, исследующий преимущественно вопросы права — в его определении по бесланскому делу набор установленных фактов оказывается предельно краток. Конечно, юрисдикция этих судов разная. Тем не менее полномочия Конституционного Суда РФ по отношению к фактам формально напоминают юрисдикцию суда апелляционной или иной проверочной инстанции. Он должен воздерживаться от установления и исследования фактов, «когда это входит в компетенцию других судов или иных органов»⁷⁰. Препятствует ли эта норма подробному исследованию вопросов факта в конституционном судопроизводстве? Важен ли для оценки соразмерности предпринятых в Северной Осетии мер безопасности тот факт, что для сопровождения президента Республики полицейские силы оставили школу незащищённой? Школу в Беслане осталась охранять одна невооружённая сотрудница милиции⁷¹. Важен ли этот факт для разрешения вопросов о соразмерности вмешательства в конституционное право на жизнь жертв террористического акта? Или этот факт никак не влияет на разрешаемую Конституционным Судом проблему, ведь она касалась лишь конституционности оспариваемого закона? Поменялось ли бы решение Конституционного Суда РФ, если бы заявители поставили вопрос о нарушении позитивных обязательств государства по гарантированию права на жизнь в ходе теракта? В своих конституционных жалобах заявители оспаривали запрет переговоров с террористами, ссылаясь на нарушение конституционного права на жизнь. Принцип соразмерности часто критикуют за избирательность и неполное взвешивание обстоятельств дела. Есть ли факторы, которые, по вашему мнению, недостаточно освещены Конституционным Судом РФ в бесланском деле? Можно ли сравнительные правовые материалы рассматривать как образец всестороннего анализа соразмерности?

⁷⁰ См.: часть 4 статьи 3 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ (в ред. от 1 июля 2021 года) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

⁷¹ См.: пункты 21–22 Постановления Европейского Суда по правам человека от 13 апреля 2017 г. по делу «Тагаева (Tagaeva) и другие против Российской Федерации», жалоба № 26562/07 и др. // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2018. № 1.

4. Бесланская трагедия стала предпосылкой для отказа федеральных властей от прямых выборов губернаторов в российских регионах⁷². В представленном выше Определении 2009 года этот вопрос не рассматривался, да и заявители, видимо, не ставили его перед Конституционным Судом РФ. Однако и в Постановлении 2005 года по так называемому делу о губернаторах эта проблема Конституционным Судом РФ также не исследовалась⁷³. Существует ли взаимосвязь между усилением мер безопасности и решением политических задач, стоящих перед государством? В самом начале своего решения Конституционный Суд РФ указал на недопустимость угроз территориальной целостности. Израильский Верховный суд также оценивает решение главнокомандующего израильской армией на предмет политической мотивировки, хотя и отрицает, что целью была аннексия палестинских территорий посредством такого решения. Как вы считаете, насколько суды независимы в рассмотрении политических мотивов законодателя или органов исполнительной власти? Если цели защиты безопасности используются для прикрытия других мотивов властей, какую позицию стоит ожидать от судей — активизм или самоограничение?

5. Конституционный Суд РФ начинает свой анализ бесланского дела с обоснования существующих угроз для публичных интересов. В отличие от Федерального конституционного суда Германии по делу о полномочии сбивать самолёты, в решении российского суда мало места отведено гуманитарным соображениям. Одновременно сейчас Конституционный Суд РФ характеризуется как суд по правам человека⁷⁴. Важны ли, по вашему мнению, для рассмотрения антитеррористических дел в порядке конституционного контроля приоритеты в исследовании вопросов — сначала публичные интересы, а потом гуманитарные соображения? И наоборот? Насколько щадящими и бережным для заложников были предпринимаемые российскими властями контртеррористические меры? Можно ли считать балансирование в данном случае произвольным за счёт смещения акцентов с гуманитарных соображений на государственные?

6. Критерий необходимости как элемент соразмерности, а иногда и судейское балансирование связываются с экономическим анализом выгод и издержек. Способны ли суды измерять выгоду для государственной безопасности от предотвращения террористических актов? Конституционный Суд РФ утверждает, что законодательный запрет на ведение переговоров с террористами является эффективным средством борьбы. Как при этом следует воспринимать потерю 300 жизней, в том числе детских? Вообще должна ли такая моральная дилемма разрешаться судьями или это скорее вопрос этики, а не юриспруденции? Нужно ли считать анализ преимуществ

⁷² См.: Выступление президента России Владимира Путина на расширенном заседании правительства с участием глав субъектов РФ 13 сентября 2004 года // Независимая газета. 2004. 14 сентября. URL: https://www.ng.ru/politics/2004-09-14/1_speech.html (дата обращения: 07.11.2023).

⁷³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации” в связи с жалобами ряда граждан» // СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 336.

⁷⁴ См.: *Кокотов А. Н.* Конституционный Суд России как Суд по правам человека // Конституционное правосудие. Вестник Евразийской ассоциации органов конституционного контроля. 2022. Вып. 1 (85). С. 6–12.

и издержек в подобных делах лишь прерогативой законодателя и иных регуляторных органов? Или же суды также могут использовать подобную методологию экономического анализа права?

7. Конституционный Суд РФ в бесланском деле ограничивает себя в оценке тактики и стратегии ведения контртеррористической операции. Впрочем, органы юстиции во многих юрисдикциях склонны в таких случаях к судейской почтительности (англ.: *Judicial Deference*⁷⁵). При этом такое самоограничение характерно в отношении не только решений демократически избранных парламентов, но и актов органов исполнительной власти. Стоит напомнить, что принцип соразмерности впервые сформировался именно в административном праве. Как вы думаете, должны ли отличаться тщательность и интенсивность судебного исследования законодательных решений по борьбе с терроризмом и административных мер в этой непростой области?

8. Борьба с терроризмом — это показательный пример недопустимости изоляции национального правопорядка от внешнего воздействия. Терроризм не знает границ. Усилия одного государства по борьбе с этим злом оказываются неэффективными. Показательно, что израильское дело о стене в дальнейшем было рассмотрено главной международной инстанцией — Международным Судом ООН в 2004 году⁷⁶. В Определении Конституционного Суда РФ по бесланскому делу также значительный объём текста занимают ссылки на международное право (пункт 2.2 мотивировочной части). Есть в этом решении даже обращение к актам Европейского Союза. Являются ли правила наднационального образования, членом которого Россия никогда не являлась, релевантными для разрешения конституционного спора? Какую роль в анализе органами конституционного правосудия соразмерности контртеррористических мер, по вашему мнению, занимают ссылки на международное право?

9. Судейское балансирование за счёт своей открытости считается положительным аспектом разрешения сложных дел. Вопросы борьбы с терроризмом, несомненно, относятся к таким делам. Сторонники этого судейского метода отмечают достоинства последовательного прохождения всех этапов анализа соразмерности. Сравните подробный анализ принципа соразмерности антитеррористических мер Верховным судом Израиля и достаточно краткое балансирование интересов в российском деле. Многие решения Конституционного Суда РФ публикуются в Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации и в иных официальных изданиях. Между тем определение по бесланскому делу, в соответствии с резолютивной частью, не предназначено для официального опубликования, хотя, конечно, его можно найти в справочных правовых системах и на официальном сайте Конституционного Суда. О чём, на ваш взгляд, свидетельствует этот факт?

⁷⁵ См.: *Allan T.R.S. Judicial Deference and Judicial Review: Legal Doctrine and Legal Theory // Law Quarterly Review. 2011. Vol. 127. No. 1. P.96–117.*

⁷⁶ См.: Консультативное заключение Международного Суда ООН относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории. Документ ООН A/ES-10/273. 13 июля 2004 года. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-ru.pdf> (дата обращения: 07.11.2023).

3.3. ОБЩИЕ ВОПРОСЫ И КОММЕНТАРИИ

1. В немецкой юридической догматике разработаны оригинальные концепции, которые направлены на предотвращение одностороннего подхода в процессе судебсого взвешивания конфликтующих конституционных ценностей. Андреас Фосскуле в своей статье упомянул две такие идеи. Первая — это принцип практического согласования (нем.: *die praktische Konkordanz*) Конрада Хессе, судьи Федерального конституционного суда (1975—1987). Он считал, что «при разрешении спора конституционно защищаемые ценности должны быть упорядочены друг по отношению к другу таким образом, чтобы каждая из них выигрывала на практике... обе ценности должны быть ограничены так, чтобы каждая из них достигала оптимальной эффективности»⁷⁷. Вторая упомянутая доктрина наиболее приемлемого уравнивания (нем.: *«schonendsten Ausgleich»*) была предложена Петером Лерхе, который определил её следующим образом: «Критерии запрета чрезмерности закрепляют возможность урегулирования конфликта, естественно, до определённой степени; эти критерии служат идее наиболее приемлемого для обеих сторон уравнивания, не позволяя сокращаться пределам собственного усмотрения законодателя»⁷⁸. Российские конституционные судьи обосновывают схожие идеи. По мнению Н. С. Бондаря, «каждая из конституционных ценностей, между которыми возникла коллизия, должна быть сохранена в рамках существующего конституционно-правового противоречия, которое не обязательно должно преодолеваться путем устранения данного противоречия»⁷⁹. Всегда ли удаётся сохранить конфликтующие ценности при разрешении конституционных коллизий?

2. В чём состоят исторические различия между принципом соразмерности и методом балансирования? Как вы считаете, может ли использование двух разных методов (балансирования и соразмерности) применительно к одному и тому же делу дать разные результаты? Сконструируйте гипотетическую (или проанализируйте реальную) ситуацию для иллюстрации своей точки зрения.

3. Какие элементы/критерии принцип соразмерности обычно включает в себя? В Методических рекомендациях Конституционного Суда РФ от 19 октября 2021 года приводятся следующие данные:

«<...>

1.5. Соразмерность (пропорциональность) ограничения прав

Выражая обращенное к публичной власти и имеющее своей целью защиту основных прав и свобод требование при установлении их ограничений соблюдать разумное соотношение между используемыми средствами и поставленной целью, принцип соразмерности (пропорциональности) обусловлен особым, неотчуждаемым характером конституционных прав и свобод, по своему составу и объему во многом совпадающих с международно признанными основными правами...

⁷⁷ См.: Hesse K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg : C. F. Müller, 1999. S. 28.

⁷⁸ Lerche P. Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit [1961]. Goldbach, Keip, 1999. S. 153.

⁷⁹ Мнение судьи Конституционного Суда РФ Н. С. Бондаря к Постановлению Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 года № 1-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2007. № 1.

1.5.2.

Принцип соразмерности лежит в основе ведущего методологического инструмента конституционного нормоконтроля — теста на пропорциональность... При этом восприятие теста пропорциональности российским конституционным нормоконтролем происходит, в том числе с учетом релевантного зарубежного опыта...

Применяя пятиступенчатый тест пропорциональности, Федеральный Конституционный суд ФРГ (1) выявляет безусловно запрещенные средства регулятивного вмешательства, наличие которых, указывая на нарушение абсолютных запретов (например, на запрет на жестокое обращение и пытки), делает излишним прохождение последующих стадий теста; (2) определяет законную цель регулятивного вмешательства; (3) определяет уместность выбранного для такого вмешательства средства; (4) определяет необходимость данного средства; (5) устанавливает необходимый баланс конституционных ценностей, нарушенный несоразмерным вмешательством.

Выработанные преимущественно на почве германской конституционно-контрольной практики подходы к применению теста пропорциональности в дальнейшем были усвоены, с определенными вариациями, не только органами централизованного конституционного нормоконтроля многих стран, но и Европейским судом по правам человека и Судом справедливости Европейского союза.

*Например, тест пропорциональности, применяемый Конституционным судом Бельгии, вбирает пять стадий: (1) установление вмешательства в основное право; (2) оценка качества рассматриваемого регулирования с точки зрения соответствия принципу верховенства права, то есть ясность и предсказуемость; (3) установление законной цели ограничения; (4) необходимость ограничения; (5) установление пропорциональности *sensu stricto* (балансировка ценностей). При этом, разделяя в целом подходы Федерального Конституционного суда ФРГ, он — в русле французской герменевтической школы, предпочитающей историко-телеологическое толкование, — склонен толковать оспариваемые нормы с точки зрения цели, которую преследовали законодатели при их принятии.*

*Тест пропорциональности, применяемый Верховным судом Израиля, включает (1) определение надлежащей цели, (2) установление рациональной связи между целью и использованными для ее достижения нормативными средствами; (3) определение необходимости обращения именно к этим средствам; (4) установление пропорциональности *sensu stricto* (балансировка ценностей) с учетом социальной значимости заявленной цели, а также определением, были ли предприняты ограничения наименьшими из возможных. Данная последовательность совпадает со стадиями, названными в Конституции Южно-Африканской Республики (§ 36, 1).*

<...>

На стадии определения законных целей возможен переход к тестированию пропорциональности в узком смысле. В частности, Верховный суд Канады, требуя от законной цели достаточной важности для того, чтобы ее достижение могло бы обосновать ограничения конституционно защищае-

мого права, указывает на необходимость соблюдения баланса между правом и его ограничениями уже на первой стадии анализа⁸⁰.

<...>

В восприятии теста пропорциональности в качестве важного элемента и конституционной, и конвенционной интерпретации при проверке допустимости публичного вмешательства в права и свободы частных лиц проявляется сходство методологических подходов Конституционного Суда и ЕСПЧ.

<...>

Стадии применяемого ЕСПЧ теста пропорциональности включают проверку (1) законности вмешательства; (2) наличия у него правомерных целей; (3) необходимости вмешательства в демократическом обществе. На первом этапе проверяется не только сам факт отражения того или иного ограничения (вмешательства) в законе, но и соответствие принципу верховенства права, то есть качество регулирования (ясность, доступность, предсказуемость). Второй этап предполагает сравнение оспариваемого вмешательства в права с правомерными целями, определенными положениями Конвенции. Наконец, на третьем этапе проверяется пропорциональность sensu stricto, а именно соответствие масштабов примененного вмешательства его законной цели, в том числе возможность его достижения менее ограничительными средствами. Как правило, основные выводы формулируются на третьем этапе теста. <...>

<...>»

Объясните, в чём смысл структуры проверки ограничений конституционных прав, проводимой на основе принципа соразмерности.

4. Может ли последовательность элементов быть изменена или часть из них пропущена? Американский окружной судья Фрэнк Коффин следующим образом оправдывал рассматриваемый метод: «Балансирование не является юридической теорией. Но при правильном применении оно дисциплинирует процесс, требующий стандартов конкретности, тщательности и беспристрастности. Открытое балансирование сдерживает судью и сводит к минимуму скрытые или ненадлежащие персональные предпочтения, раскрывая каждый шаг мыслительного процесса; оно максимизирует возможность достижения коллегиального консенсуса, отвечая на все релевантные вопросы несогласных коллег; и оно предлагает полный отчёт о процессе принятия решений для последующей профессиональной экспертизы и общественной оценки»⁸¹. В чём достоинства и недостатки применения соразмерности и балансирования в заранее установленной и известной последовательности этапов? Сопоставьте позицию американского судьи с идеей, выраженной в Методических рекомендациях Конституционного Суда РФ⁸²:

«В целом практика применения Конституционным Судом теста пропорциональности убеждает в излишней формалистичности встречающегося

⁸⁰ Supreme Court of Canada, February 28, 1986, no. 17550 "R. v. Oakes". Выдержки из данного решения представлены в разделе 3.2.5.

⁸¹ Coffin F.M. Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice // New York University Law Review. 1988. Vol. 63. No. 1. P. 16–42, 25.

⁸² Информация Конституционного Суда Российской Федерации «Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации)» подготовлена Секретариатом Конституционного Суда Российской Федерации.

в доктрине и нормоконтрольной деятельности отдельных конституционных/межгосударственных юрисдикционных органов убеждения в том, что лишь строгая последовательность прохождения стадий теста пропорциональности имеет должный эффект, дисциплинируя применяющий данный тест контрольный орган, и что к следующей ступени можно переходить, только если оспариваемое законоположение не обнаружило свою несостоятельность на предыдущей стадии. Рациональность данного подхода во многом кажущаяся. Убедившись, что главная проблема в рассматриваемом деле состоит в выборе средства ограничения права, которое не является самым необходимым, орган конституционного контроля, побуждаемый и соображениями процессуальной экономии, и гносеологическими мотивами, вправе пропустить предыдущие стадии анализа с тем, чтобы перейти непосредственно к проверке соблюдения критерия необходимости» (пункт 1.5.1).

Согласны ли вы с такой аргументацией избирательности юридического анализа? Могут ли соображения процессуальной экономии превалировать над всесторонним исследованием вопросов соразмерности ограничения конституционных прав?

5. Каким образом вы понимаете критерий правомерной цели? Можно ли без этого критерия анализировать ограничения конституционных прав? Какие публичные цели могут оправдывать вмешательства в конституционные права? Российская Конституция называет среди таких целей основы конституционного строя, нравственность, здоровье, права и законные интересы других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства. Это общий перечень, приводимый в части 3 статьи 55 Конституции уже после указания на сами конституционные права. Означает ли это, что любая ли из перечисленных ценностей может служить целью ограничения любого из конституционных прав? В своём особом мнении к Постановлению Конституционного Суда РФ, посвящённому ограничениям для журналистов в связи с предвыборной агитацией⁸³, судья Г. А. Гаджиев поставил этот вопрос следующим образом:

«Все ли эти шесть целей могут приниматься во внимание для обоснования необходимости ограничения конституционного права распространять информацию? Или же допустимо иное истолкование части 3 статьи 55, которое исходит из местоположения данной статьи в главе 2 “Права и свободы человека и гражданина” Конституции Российской Федерации? Эта статья завершает перечень прав и свобод, и поэтому предусмотренный ею порядок и режим законодательных ограничений носит универсальный характер. В ней содержится исчерпывающий перечень тех целей, которые могут оправдать введение ограничений всех прав и свобод человека и гражданина. Универсальный характер указанного перечня не означает, что любое из основных прав и свобод, гарантируемых Конституцией Российской Федерации, может быть ограничено, ориентируясь на все шесть целей, перечисленных в части 3 ее статьи 55. Что-то из этих шести целей может быть соотносимо с тем или иным основным правом, а какие-то цели, если их иметь в виду при введении

⁸³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 года № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации” в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С. А. Бунтмана, К. А. Катаняна и К. С. Рожкова» // СЗ РФ. 2003. № 44. Ст. 4358.

ограничений, могут привести к умалению права (часть 2 статьи 55 Конституции Российской Федерации).

Специфика конституционного права свободно выразить мнения такова, что оно может быть ограничено в целях защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и национальной безопасности. Что же касается такой цели, как защита основ конституционного строя, то возникают серьезные сомнения по поводу возможности ограничения свободы мнений для ее достижения. Основы конституционного строя — это перечень основополагающих принципов конституционного права Российской Федерации. Один из них — принцип народовластия (статья 3 Конституции Российской Федерации). Если предположить, что названный принцип из основ конституционного строя уже сам по себе достаточен для введения ограничений права на свободное выражение мнений, то тогда утрачивается равновесие между двумя равноценными основными правами — правом распространять информацию (часть 4 статьи 29 Конституции Российской Федерации) и правом избирать (часть 2 статьи 32 Конституции Российской Федерации)»⁸⁴.

Обратите внимание, что конституционно значимые цели, как правило, сформулированы достаточно широко. Практически любое ограничение конституционных прав можно подвести под одну из таких целей. Каким образом на практике можно обнаружить реальные цели ограничения, если они оказываются замаскированы под конституционные ценности?

6. Должно ли вмешательство в конституционные права быть разумным с точки зрения здравого смысла? И может ли орган конституционного контроля в ходе проверки нормативных установлений ставить свой здравый смысл выше, чем здравый смысл законодателей?

Соответствующая дискуссия прозвучала в решении Верховного суда США по делу о запрете продажи в одном из штатов средств контрацепции⁸⁵. Большинство судей пришло к выводу, что в данном случае имело место нарушение конституционных прав; в частности, в решении обсуждалось такое конституционное право, как неприкосновенность частной жизни (англ.: *right to privacy*). Однако в своём особом мнении судья Стюарт (к которому присоединился судья Блэк) ставил под сомнение логику своих коллег, обращая внимание на то, что текстуально такое право прямо не закреплено в Конституции США: «С 1879 года в Коннектикуте действует закон, запрещающий кому бы то ни было использование противозачаточных средств. Я считаю, что это на редкость глупый закон. С практической точки зрения закон, очевидно, не может быть исполнен... С философской точки зрения я считаю, что использование противозачаточных средств в супружеских отношениях должно быть оставлено на личный и частный выбор, основанный на моральных, этических и религиозных убеждениях каждого человека. Относительно социальной политики я считаю, что профессиональные консультации по поводу методов контроля над рождаемостью должны быть доступны всем, чтобы каждый мог сделать

⁸⁴ Мнение судьи Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 года № 15-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2003. № 6.

⁸⁵ См.: United States Supreme Court, decided June 7, 1965, no. 496 “Griswold v. Connecticut” // United States Supreme Court Reports. 1965. Vol. 381. P. 479. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/> (дата обращения: 07.11.2023).

осознанный выбор. Но в данном случае нас не спрашивают, считаем ли мы этот закон неразумным или даже глупым. Нас просят признать, что он нарушает Конституцию Соединённых Штатов. А этого я сделать не могу».

7. Пригодность и необходимость (минимальное вмешательство в права) ограничения с точки зрения заявленных целей — это в значительной степени вопрос оценки конкретных эмпирических данных. Но какая ветвь власти находится в более подходящем положении, для того чтобы компетентно произвести такую оценку? Может ли орган конституционного контроля просто констатировать несоответствие ограничения критериям пригодности, необходимости либо разумности или он должен явным образом продемонстрировать, в чём это выражается?

8. Соразмерность и особенно метод балансирования иногда критикуют за то, что широкое использование этого принципа ослабляет гарантии конституционных прав. Ведь индивидуальные свободы имеют практический смысл и юридическую силу только до тех пор, пока выдерживают противопоставление общему благу. Так, по словам Р.Дворкина, «если мы утверждаем, что общество имеет право предпринимать любые действия, служащие общему благу, или сохранять условия, в которых желает жить большинство, и если при этом мы подразумеваем, что такого рода права дают основание пренебрегать любыми правами индивида по отношению к государству, которые могут вступать с ними в конфликт, то получается, что мы попросту аннулируем эти последние права»⁸⁶. Согласны ли вы с такой позицией? Каким образом можно было бы обеспечить постепенное расширение системы вмешательств в конституционные права в целях безопасности, которое не приводило бы к разрушению сущности (ядра) этих прав?

9. Наряду с законодательными ограничениями основных прав в науке иногда ставится вопрос об изначальных, закрепляемых уже самой конституцией пределах (по некоторой терминологии — сфер защиты) прав. Какую идею, на ваш взгляд, выражает категория конституционного предела права? Есть ли у этой идеи текстуальные подкрепления в конституциях разных стран? Как можно увидеть по приводимым выше цитатам, некоторые судебные органы при рассмотрении дел об ограничении прав в первую очередь проверяют, имело ли место вообще вмешательство в конституционное (конвенционное) право. Какие именно возможности могут признаваться не входящими в сферу защиты субъективных прав и свобод? Может ли это относиться к любой возможности, которая прямо не поименована в конституции (проблема исчерпанности перечисления прав)? В чём состоит разница между утверждениями о том, что какая-либо возможность изначально не охватывается субъективным конституционным правом, и о том, что возможность конституцией в принципе защищена, но затем законодательно ограничена?

Если утверждение о том, что ограничиваемая или запрещаемая законодателем возможность изначально не охватывалась сферой защиты никакого субъективного конституционного права, является потенциально самым «выгодным» для представителей органов публичной власти, отстаивающих созданное ими правовое регулирование, то какая позиция была бы самой сильной для индивидов? Обдумайте с этой точки зрения конституционно-правовую доктрину абсолютных прав, то есть таких прав, которые не подлежат ограничению ни при каких обстоятельствах, ни для каких целей и в том числе в условиях чрезвычайных правовых режимов. Какие права в принципе могли бы претендовать

⁸⁶ Дворкин Р. О правах всерьёз / пер. с англ. М. Д. Лахути, Л. Б. Макеевой. М.: РОССПЭН, 2004. С. 265. О концепции прав как «козырных карт» см. также: *Dworkin R. Rights as Trumps // Theories of Rights / ed. by J. Waldron. Oxford: Oxford University Press, 1984. P. 153–167.*

на то, чтобы считаться абсолютными? Зависит ли ответ на этот вопрос от специфики исторического развития и текущих социально-политических задач конкретного правового порядка?

3.4. ЛИТЕРАТУРА

3.4.1. Основная

Шлинк Б. Пропорциональность. К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2(87). С. 56–76.

3.4.2. Дополнительная

Арановский К. В., Князев С. Д. Конституция и безопасность // Государство и право. 2018. № 1. С. 17–28.

Бажанов А. А. Проблемы реализации принципа соразмерности в судебной практике // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13. № 6. С. 124–157.

Белов С. А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. 2016. № 1. С. 63–75.

Варламова Н. В. Интересы национальной безопасности как основание ограничения прав человека (по материалам практики Европейского суда по правам человека) // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 1. С. 164–190.

Гаджиев Г. А. О принципе пропорциональности и конституционной кассации // Судья. 2019. № 7. С. 56–64.

Тимошина Е. В., Краевский А. А., Салмин Д. Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 14: Право. 2015. № 3. С. 4–34.

Халмаи Г. Общественный порядок и безопасность против верховенства права в государствах переходного периода // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 4(57). С. 65–70.