

Научная статья

УДК 342.4, 342.7

DOI 10.17150/1819-0928.2024.25(3).405-415

EDN PHXAAM



Тест на пропорциональность: от суда к законодателю

Эдуард Иванович Девицкий*Иркутский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации,
Иркутск, Россия**devickiyei1975@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-6991-9064>*

АННОТАЦИЯ

В целях преодоления разрыва между конституционными нормами о правах и свободах человека и гражданина и федеральным законодательством, а также обеспечения действия принципа баланса публичных и частных интересов, предлагается механизм взаимодействия между законодателем и судом. Механизм основан на последовательном применении в конституционном правосудии теста на пропорциональность в качестве метода конституционного толкования и обоснования принимаемых решений. Выдвигаются основные условия, при соблюдении которых он может быть реализован. В результате анализа законодательства, судебной практики, российских и зарубежных научных исследований, автор приходит к выводу о наличии правовой, теоретической и методологической основы для реализации предлагаемого механизма взаимодействия. Основным препятствием в обеспечении действия не только указанного механизма, но и принципа баланса публичных и частных интересов в целом является сложившаяся конституционно-судебная практика. Преодоление дисбаланса конституционно значимых интересов осуществляется путем уточнения в ходе казуального, осуществляемого в связи с рассмотрением конкретных дел, толкования конституционных норм, содержания конкурирующих конституционных ценностей. При этом суд руководствуется не только принципом пропорциональности, но и принципами конституционной сдержанности, добросовестности законодателя, а также презумпцией конституционности нормативного регулирования, которые фактически препятствуют применению теста на пропорциональность. В основе конституционного толкования продолжают оставаться прежде всего классические, позитивистские методы. В результате судом используются лишь отдельные элементы теста на пропорциональность в качестве дополнительного способа аргументации своей позиции по делу.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА

баланс интересов, соразмерность, пропорциональность, тест на пропорциональность, баланс конституционных ценностей

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ

Девицкий Э.И. Тест на пропорциональность: от суда к законодателю / Э.И. Девицкий. — DOI 10.17150/1819-0928.2024.25(3).405-415. — EDN PHXAAM // Академический юридический журнал. — 2024. — Т. 25, № 3. — С. 405–415.

Original article

Proportionality test: from the court to the legislator

Eduard I. Devitskii*Irkutsk Law Institute (Branch), University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation, Irkutsk, Russia
devickiyei1975@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-6991-9064>*

ABSTRACT

The article proposes a mechanism of interaction between the legislator and the court based on the consistent application of the proportionality test in constitutional justice. The purpose of this mechanism is to bridge the gap between constitutional norms on human and civil rights and freedoms and federal legislation. The mechanism is based on the consistent application in constitutional justice of the test of proportionality as a method of constitutional interpretation and justification of decisions. The author substantiates the conditions under which this mechanism of interaction can be realized. As a result of the analysis of legislation, judicial practice, Russian and foreign scientific research, the author concludes that there is a legal, theoretical and methodological basis for the implementation of the proposed mechanism of interaction. The established

© Девицкий Э.И., 2024

constitutional and judicial practice is indicated as the main obstacle to its operation, as well as to the realization of the principle of balance of public and private interests in general. Constitutional interpretation is based not only on the principle of proportionality, but also on the principles of constitutional restraint, the good faith of the legislator, and the presumption of the constitutionality of normative regulation. The latter actually prevent the application of the proportionality test. The interpretation applied by the constitutional court continues to be based on classical, positivist methods. As a result, the court uses only certain elements of the proportionality test as an additional way of arguing its position in the case.

KEYWORDS

balancing, proportionality, constitutional values balance, proportionality test

FOR CITATION

Devitskii E.I. Proportionality test: from the court to the legislator. *Akademicheskiiy yuridicheskiiy journal* = *Academic Law Journal*. 2024;25(3):405–415. (In Russian). DOI: 10.17150/1819-0928.2024.25(3).405-415. EDN: PHXAAM.

Введение

Конституция Российской Федерации¹ (далее — Конституция РФ) провозглашает нашу страну как правовое и социальное государство (пункт 1 статьи 1, пункт 1 статьи 7), что в свою очередь предполагает в качестве основных целей установления правовых норм создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Развивая данное положение, статья 2 основного закона определяет человека, его права и свободы в качестве высшей ценности. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека предусмотрены как базовые обязанности государства. Между тем реальное воплощение этих идей в нормах федерального законодательства применительно к отдельным правам и свободам продолжает оставаться серьезной проблемой. Разрыв между тем, что предусмотрено в Конституции РФ о правах и свободах, и тем, что граждане наблюдают в действительности, продолжает оставаться значительным. Неудивительно, что немалая часть нашего общества воспринимает ее как формальный документ, некую декларацию, а не закон прямого действия [1, с. 194].

Как представляется, несоответствие конституционного регулирования и федерального законодательства в немалой степени обусловлено абсолютным преобладанием в федеральной законодательной практике принятия федеральных законов, основу которых составляют законопроекты, внесенные на рассмотрение Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации Правительством Российской Федерации. При этом неизбежно происходит подмена конституционных целей правового регулирования необходимостью обеспечения прежде всего интересов государства в лице соответствующего

федерального органа государственной власти в ущерб интересам общества и граждан, какими бы благими целями не руководствовались разработчики законопроекта.

Между тем механизм противодействия сложившейся законодательной практике и, как следствие, преодоления разрыва между конституционными нормами и федеральным законодательством, предусмотрен в самой Конституции РФ.

Основной закон любого государства является результатом согласования различных социальных интересов, поэтому одна из его базовых функций — поддержание баланса интересов государства, общества, различных социальных групп населения и отдельных граждан.

Правовую основу идеи поддержания баланса интересов составляют нормы, закрепленные частями 2 и 3 статьи 55 Конституции РФ. С одной стороны, в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина, составляющие основу интересов отдельных граждан (частных интересов). С другой, права и свободы могут быть ограничены федеральным законом в той мере, в какой это необходимо в целях защиты публичных интересов: основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Исключительной компетенцией по проверке соблюдения законодателем вышеуказанных требований Конституции РФ обладает Конституционный Суд Российской Федерации (далее — КС РФ). Согласно статье 125 Конституции РФ, статье 1 Федерального конституционного закона «О конституционном суде Российской Федерации»² (далее — Закон о Конституционном Суде),

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенар. голосованием 12 дек. 1993 г. : (ред. от 01 июля 2020 г.) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007040001>.

² О Конституционном Суде Российской Федерации : Федер. конституц. закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

КС РФ является высшим судебным органом конституционного контроля, осуществляющим судебную власть самостоятельно и независимо посредством конституционного судопроизводства в целях защиты основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечения верховенства и прямого действия Конституции РФ.

Таким образом, основной закон обязывает законодателя стремиться к установлению баланса (справедливого соотношения) между частными и публичными интересами при установлении правового регулирования в различных сферах общественных отношений. При этом КС РФ призван проверить реализацию данной обязанности в рамках конституционного судопроизводства путем конституционного толкования, основанного на методологии балансирования.

Изложенное позволяет сформулировать идею о необходимости формирования некоего механизма опосредованного взаимодействия между федеральным законодателем и КС РФ, позволяющего обеспечить реализацию принципа баланса публичных и частных интересов.

В рамках настоящего исследования, на основе анализа результатов российских и зарубежных научных исследований, практики КС РФ, постараемся определить, существуют ли объективные предпосылки для реализации предлагаемого механизма взаимодействия между законодателем и КС РФ.

Механизм реализации принципа баланса публичных и частных интересов на основе взаимодействия законодателя и суда

Большинство российских научных работ, посвященных балансу интересов, как и многие зарубежные исследования в этой сфере, основаны на анализе действия данного принципа применительно к судебной деятельности. Это неудивительно, поскольку исторически балансирование (особенно в Западной Европе и США) рассматривалось прежде всего как способ принятия судами решений по конкретным делам. К тому же позиции, отраженные в постановлениях КС РФ, основанные на толковании норм Конституции РФ, обязательны и для законодателя (пункт 6 статьи 125). Между тем КС РФ не вправе указывать законодателю, каким именно образом тот должен обеспечить баланс публичных и частных интересов в регулируемых им отношениях.

Применительно к использованию конкретных форм и способов обеспечения баланса в содержании нормативных актов в целях обе-

спечения их эффективности приоритет имеет законодатель, поскольку именно он обязан обеспечить выявление, согласование и формирование правовых механизмов для реализации конкретных социальных интересов на всех этапах правотворческого процесса — от разработки концепции законопроекта до его принятия. Иной подход можно расценить как посягательство на конституционный принцип разделения властей. С другой стороны, полная автономность законодателя в данном вопросе может приводить к несогласованности с требованиями Конституции РФ и позициями КС РФ. Признание при рассмотрении конкретного дела правовой нормы неконституционной, в том числе в связи с необходимостью соблюдения баланса интересов, конституционных ценностей, влечет только прекращение действия этой нормы. Если при этом судом лишь констатируется несбалансированность интересов, однако общие подходы, в рамках которых должен обеспечиваться баланс, не определены, законодатель либо ничего не предпринимает, либо в дальнейшем осуществляет регулирование по собственному усмотрению. В связи с изложенным, заслуживает поддержки позиция авторов, рассматривающих КС РФ в качестве субъекта правотворчества [2, с. 304]. Но такой подход не обеспечивает решение существующих проблем.

Как представляется, в качестве идеальной формы взаимодействия федерального законодателя и КС РФ в части обеспечения баланса публичных и частных интересов в правовом регулировании условно можно представить модель сообщающихся сосудов. Принятие законодателем правовых норм неизбежно порождает споры, связанные с применением этих норм. КС РФ, признавая нормы неконституционными, в том числе в связи с нарушением баланса, в мотивировочной части судебного акта указывает на мотивы, по которым суд пришел к такому выводу. В свою очередь законодатель, устанавливая новое правовое регулирование в соответствующей сфере, при выборе способов согласования интересов использует мотивировку суда в качестве критерия, по которому последний потенциально может проверить и вновь принимаемые нормы.

Изложенная модель в целом укладывается в рамки установленной Конституцией РФ и Законом о Конституционном Суде системы взаимодействия органов законодательной власти и КС РФ, и позволяет, не вторгаясь в компетенцию законодателя, на основе отдельных актов суда определить критерии обеспечения баланса публичных

и частных интересов в рамках регулирования различных сфер общественных отношений.

В конечном итоге она поможет существенно приблизить законодателя к достижению закрепленных в Конституции РФ целей правового регулирования, сократить образовавшийся разрыв между основным законом и федеральным законодательством.

Условия реализации механизма взаимодействия законодателя и суда

Предложенный механизм может быть эффективно реализован только при соблюдении ряда условий.

Во-первых, признание, наряду с законностью, принципа баланса публичных и частных интересов в качестве общеправового принципа, которым должны руководствоваться как законодатели, так и правоприменители. Формирование единых подходов к определению содержания данного принципа.

Во-вторых, последовательное применение КС РФ балансирования в качестве основного способа обоснования принимаемых решений, не основанного на произвольном усмотрении суда. Как представляется, только такой подход позволит объективировать критерии, которыми суд руководствовался при формировании выводов о соблюдении или нарушении баланса публичных и частных интересов.

В-третьих, наличие правовой возможности для пересмотра КС РФ своих позиций при рассмотрении новых дел в отношении баланса интересов в конкретной сфере правового регулирования.

Если относительно содержания принципа баланса публичных и частных интересов в науке и правоприменительной практике, несмотря на разницу в используемой терминологии, не имеется существенных разногласий, то вопрос о последовательном применении КС РФ балансирования в качестве метода толкования Конституции РФ и обоснования принимаемых решений продолжает оставаться открытым.

В основе идеи балансирования лежит общая концепция конституционного права как поля битвы конкурирующих интересов при законодательно закреплённой способности суда идентифицировать и оценивать эти интересы.

В мировой судебно-конституционной практике балансирование традиционно применяется в качестве общего метода конституционного анализа, поскольку предполагает максимальную формализацию решений, принимаемых по слож-

ным конституционным делам. Данный метод аргументации принимаемого судом решения традиционно относится к теории конституционного толкования, основанной на выявлении, оценке и сравнении конкурирующих интересов. Например, Т.А. Алейникоф под сбалансированным подразумевает такое судебное мнение, в рамках которого суд анализирует конституционный вопрос путем выявления интересов, связанных с делом, и принимает решение или устанавливает норму конституционного права, явно или неявно присваивая ценности определенным интересам. По мнению автора, балансирование охватывает большую часть работы, проделанной Верховным судом США [3, р. 945].

Однако вокруг концепции балансирования, применяемой в США, до сих пор существует немало споров. Как отмечают ее критики, проблема балансирования заключается не в недостатке добросовестности со стороны судей, а в несоизмеримости, которая лежит в основе неспособности судов сформулировать полностью аргументированный отчет об окончательном оценочном решении, с помощью которого они пытаются сбалансировать законные законодательные цели с подразумеваемыми конституционными свободами [4, р. 133].

П. Кан в результате детального анализа судебных решений, принятых на основе трех моделей метода балансирования, применяемых судьей Верховного суда США Д. Пауэллом, пришел к выводу, что во всех случаях мотивировка принятого решения основана на интуитивной справедливости, а не на четко сформулированном аргументе, что оставляет судьям слишком большую свободу усмотрения в процессе принятия решений. В результате констатируется, что суд, который использует метод балансирования, всегда будет выглядеть как неуверенный узурпатор судебной власти [5, р. 3, 5, 59].

Однако в рамках европейской конституционно-правовой традиции метод балансирования, получивший название «Тест на пропорциональность», получил гораздо большее распространение.

По мнению Д.М. Битти, из всех теорий, которые предлагают обоснование процесса судебного пересмотра, модель пропорциональности, несомненно, наиболее совместима с текущей практикой и имеет доказанный успех. Она оценивается как способ обеспечить нейтральность решений судов и не навязывать собственные позиции обществу, а только по общей объективной схеме рассматривать соотношение целей,

преследуемых государством, с мерами, которые предприняты для их достижения [6, р. 5, 171].

Пропорциональность также нередко подвергается критическому анализу, в рамках которого используются вышеизложенные аргументы. Кроме того, как отмечает С. Цакиракис, при балансирующем подходе мы больше не спрашиваем, что правильно или неправильно в деле о правах человека, но вместо этого пытаемся исследовать, является ли что-то уместным, адекватным, интенсивным или далекоидущим. Применение судами только такого подхода было бы подлинным посягательством на саму концепцию прав человека [7, р. 487, 491]. Однако несмотря на высказываемые в литературе отдельные критические замечания, тест на пропорциональность в целом не вызывает такой настороженности, как метод взвешивания интересов в США, и завоевал статус ключевой и общепринятой доктрины, которой не приходится отстаивать свою легитимность [8, с. 75].

Сам по себе тест на пропорциональность применяется судами для оценки законодательных, административных и судебных мер и даже действий граждан как средств достижения цели. При этом его использование зависит от качества прав, на которые посягает проверяемая судом мера или действие — если права защищены в категоричной форме, а их ограничения запрещены, то тест не применяется [9, р. 721].

Широкое применение теста на пропорциональность в конституционном правосудии обеспечивается благодаря устоявшейся формализованной процедуре. Содержательный анализ теста, описание которого имеется в российской и зарубежной литературе [9, р. 722–725; 10, р. 8–13; 11, с. 129–131; 12, с. 14–18], применительно к исследуемому механизму взаимодействия законодателя и КС РФ позволяет выделить следующие его основные этапы (элементы).

1. Определение легитимности цели. На данном этапе балансирование не осуществляется. Задача суда состоит в определении соответствия целей, преследуемых законодателем при установлении оспариваемых правовых норм целям, закрепленным в Конституции РФ. При этом преследуемая цель должна быть соотносима с базовыми социальными интересами, закрепленными в виде прав и свобод человека и гражданина в главе 2 Конституции РФ. Как представляется, в большинстве случаев соотнести цели законодателя с конституционными не составляет особой сложности, хотя во многих федеральных законах указание на цели регулирования вовсе не

содержится. Кроме того, даже если проверяемые судом нормы связаны с ограничением какого-либо конституционного права, закрепляющего определенный социальный интерес, но в целях обеспечения или защиты других конституционных прав, то требование легитимности цели суд считает соблюденным.

2. Определение рациональной взаимосвязи норм с целями. На втором этапе суд должен выяснить, действительно ли реализация участниками регулируемых отношений оспариваемых норм способствует достижению целей, обозначенных законодателем, и в конечном итоге конституционно значимых целей. Вклад норм в реализацию целей может быть значительным или незначительным, очевидным или неявным, может вызывать у суда определенные сомнения, но если оспариваемые нормы устанавливают меры или действия, которые в целом не способствуют достижению заявленной конституционно значимой цели, то тест на пропорциональность не пройден, а соответствующие нормы должны признаваться неконституционными.

На данном этапе суд анализирует конкретные фактические обстоятельства, связанные с применением оспариваемых норм в конкретном деле, а также наличие потенциальной возможности реального достижения с их помощью конституционно значимых целей.

Констатация судом нерациональной взаимосвязи оспариваемых норм с преследуемыми законодателем легитимными целями фактически может означать, что эти нормы направлены прежде всего на реализацию либо интересов определенных органов государственной власти, либо даже отдельных частных лиц, а не на обеспечение для любого гражданина прав и свобод, гарантированных Конституцией РФ.

3. Определение необходимости норм. Если на первых двух этапах тест пройден, суд переходит к третьему этапу, в рамках которого судом формулируются выводы о необходимости принятия оспариваемых норм. Поскольку в большинстве случаев заявляются требования, связанные с нарушением оспариваемыми нормами гарантированных Конституцией РФ прав и свобод, суд выясняет, могла ли конституционно значимая цель быть достигнута какими-либо другими способами, менее ограничивающими соответствующие конституционные права? При положительном ответе на данный вопрос суд устанавливает несоответствие оспариваемых норм Конституции РФ, поскольку в них нет необходимости.

На данном этапе суд определяет баланс публичных и частных интересов путем сравнения выгод и преимуществ между установленными в оспариваемых нормах способами достижения конституционно значимых целей и их возможными альтернативами. Если альтернативный способ в меньшей степени ограничивает реализацию конкретного конституционного права, однако не позволяет в полном объеме достичь легитимной цели, то оспариваемые нормы признаются судом необходимыми. Вывод о необходимости норм может быть сделан судом также в случае, если альтернативный способ, обеспечивая достижение поставленных целей, ограничивает реализацию других конституционных прав и выраженных в них социальных интересов. Наконец, оспариваемые нормы следует признать необходимыми, если альтернатива хотя и менее ограничивает конституционное право, но ее реализация для участников регулируемых отношений требует значительно больших затрат.

Если закрепленный в оспариваемых нормах способ достижения целей не имеет альтернатив, то тест считается пройденным. Однако если другие участники конституционного судопроизводства ссылаются на возможные альтернативы, либо их обнаруживает сам суд в результате рассмотрения дела, то описываемый этап теста на пропорциональность может представлять значительную сложность. Суд вынужден подвергнуть все имеющиеся альтернативы тщательному анализу, используя все возможные документы и материалы. Однако потенциальную полезность его аргументации для законодателя трудно переоценить.

Как представляется, оценка КС РФ пригодности или непригодности оспариваемых норм для достижения конституционно значимых целей, альтернатив правового регулирования соответствующих отношений не может рассматриваться как посягательство на исключительные полномочия органов законодательной власти. При рассмотрении конкретного дела суд оценивает результаты столкновения оспариваемых норм с реальной действительностью. Закрепленная в Конституции РФ система сдержек и противовесов предполагает, что КС РФ рассматривает дела, отнесенные к его компетенции, и принимает обоснованные (аргументированные) решения, при обязательном соблюдении установленной процедуры конституционного судопроизводства.

На наш взгляд, аргументы КС РФ, положенные в обоснование выводов о пригодности или непригодности оспариваемых норм для достижения конституционно значимых целей, их не-

обходимости, должны использоваться законодателем в качестве критериев баланса публичных и частных интересов при установлении нового или дополнительного регулирования в соответствующей сфере общественных отношений.

4. Балансирование в узком смысле. В рамках последнего этапа теста суд сопоставляет преимущества от достижения с помощью оспариваемых норм выявленной конституционной цели с нарушением (ограничением) другого конституционного права, на которое обычно и ссылаются лица, обратившиеся в КС РФ. Таким образом, суд оценивает не конкретные факты, а ценности (социальные интересы), равнозначно признаваемые и защищаемые Конституцией РФ.

Все отмеченные ранее критические замечания относительно применения балансирования в качестве метода конституционного толкования и обоснования принимаемых решений касаются прежде всего последнего этапа теста. Как справедливо отмечается в литературе, присвоение веса конфликтующим интересам и правам, принципам и ценностям, их сравнение влечет за собой непреодолимый элемент субъективности, а его методологическую основу нельзя назвать устоявшейся [9, р. 725]. Однако это вовсе не означает, что нужно отказаться от применения судами всего теста на пропорциональность. Основной задачей юридической науки и практики применительно к принципу баланса публичных и частных интересов видится разработка и применение подходов, обеспечивающих минимизацию элемента субъективности в принимаемых судом решениях.

Г. Вайпан в результате рассмотрения двух конкурирующих подходов к балансированию в узком смысле — метода балансирования (взвешивания интересов) и метода категоризации (соразмерности ограничения прав) через призму учений их наиболее последовательных выразителей Роберта Алекси и Рональда Дворкина — пришел к неожиданному выводу об их взаимозависимости. На примере решения Верховного суда Израиля по конкретному делу автор продемонстрировал, что их применение состоит из непрекращающихся взаимных отсылок друг к другу. При этом они не содержат какого-либо однозначного мерила или критерия для своего единообразного применения. Основа идеи пропорциональности — в отсутствии у нее какой-либо стабильной сущности, в ее существовании на стыке противостоящих друг другу подходов. Поэтому автор предлагает рассматривать практическое применение принципа пропорциональ-

ности как процесс юридической аргументации, которая строится на логически бесконечном чередовании правоприменителями метода балансирования и метода категоризации [13, с. 38, 51].

В развитие данного подхода А.С. Урошлева обращает внимание, что несмотря на имеющиеся различия, идеи баланса интересов и соразмерности ограничений прав могут рассматриваться в конституционном правосудии в качестве специального паттерна мета-аргументации³ в совокупности, поскольку обе направлены на обеспечение гарантии защиты конституционных ценностей, структурно заключают в себе оценку сходных факторов, релевантны для применения в ситуациях конкуренции конституционных ценностей, обладают алгоритмичным потенциалом, т.е. задают генеральную аргументационную линию. По мнению автора, в качестве паттерна мета-аргументации в конституционном правосудии данные идеи обладают признаком универсальности, поскольку на них опираются разные органы конституционной юстиции в связи с определенной категорией дела (предметом спора), а не в зависимости от модели конституционного контроля или системы права [14, с. 129–130].

Применительно к Российской Федерации основная проблема реализации принципа баланса публичных и частных интересов, как это не парадоксально, заключается в деятельности самого КС РФ. С одной стороны, в течение всего периода своей деятельности суд в своих решениях последовательно ссылается на необходимость обеспечения законодателем и правоприменителями баланса интересов участников регулируемых отношений, что способствует активизации научных исследований в данной сфере. Однако в мотивировочной части постановлений и определений КС РФ мы не найдем всех признаков применения описанных выше этапов теста на пропорциональность. Отдельные его элементы используются КС РФ в качестве дополнительного способа аргументации своей позиции по делу. Между тем в рамках европейской конституционно-правовой доктрины неисполнение каких-либо элементов теста на пропорциональность либо их упразднение исключает исполнение принципа как такового [10, с. 16].

³ Под мета-аргументацией с точки зрения содержания решений органов конституционного правосудия автором понимаются мотивы и исходные основания последующей правовой аргументации решения на основании категории спора (в зависимости от сталкивающихся конституционно-правовых интересов), конкретных обстоятельств дела, конституционно-правового регулирования и принципов права.

Нет оснований полагать, что судьи КС РФ не знакомы с применяемыми их зарубежными коллегами методами балансирования. По мнению судьи КС РФ Г.А. Гаджиева, высшие суды вынуждены взвешивать индивидуальные и публичные интересы с учетом императива, содержащегося в преамбуле Конституции РФ: утверждение гражданского мира и согласия. По мнению автора, именно в этом и заключается инструментальное предназначение принципа пропорциональности (баланса интересов), поскольку он существует для того, чтобы создать гибкую, справедливую правовую систему. Однако применительно к особенностям реализации КС РФ данного принципа автор сосредоточился только на четвертом этапе вышеизложенного теста — поиске баланса между равноценными и антиномичными конституционными правами, обозначая его как своего рода подведение черты под противостоящими специальными интересами, необходимое для выработки базовых консенсусов [15, с. 57–59].

Такой подход к применению КС РФ теста на пропорциональность нельзя назвать случайным. В пункте 1.5.2 Методологических аспектов конституционного контроля⁴ тест на пропорциональность обозначен в качестве ведущего методологического инструмента конституционного нормоконтроля, восприятие которого КС РФ осуществляется, в том числе с учетом релевантного зарубежного опыта, прежде всего практики Федерального Конституционного суда ФРГ, а также ЕСПЧ. При этом судом признается, что обращение к тесту придает обоснованию высказываемых правовых позиций убедительность и самостоятельную методологическую ценность. Однако, исходя из компаративистского анализа практики применения теста, КС РФ формулирует вывод, согласно которому последовательность и количество стадий теста не могут быть исчерпывающе определены ввиду их зависимости от обстоятельств дела, а также своеобразия культурного и правового контекста. КС РФ обращает внимание на излишний формализм распространенного в науке и правоприменительной деятельности конституционных судов подхода, согласно которому только строгая последовательность прохождения стадий теста имеет должный эффект. Рациональность данного подхода, по мнению суда, вызывает сомнения. По этой

⁴ Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации) : Информация Конституционного Суда Российской Федерации : одобрено решением Конституционного Суда РФ от 19 окт. 2021 г. // СПС «КонсультантПлюс».

причине КС РФ в зависимости от особенностей конкретного дела применяет лишь необходимые его элементы. Российскому конституционному нормоконтролю присущ гибкий подход к применению теста на пропорциональность. Исходя из обстоятельств рассматриваемой ситуации, КС РФ концентрируется лишь на необходимом и достаточном, в остальном опираясь на ранее сформулированные правовые позиции.

Как представляется, причина столь избирательного подхода к применению процедуры теста на пропорциональность продиктована не столько анализом зарубежной доктрины и практики, сколько сформированной КС РФ методологией конституционного толкования.

В качестве основных методологических подходов, применяемых при оценке конституционности, в пункте 2.1 Методологических аспектов конституционного контроля обозначены принцип конституционной сдержанности и основанные на нем презумпции добросовестности законодателя и конституционности оспариваемой нормы.

В контексте применения теста на пропорциональность установление указанных презумпций фактически исключает применение первых трех из вышеописанных элементов теста. Суд при оценке конституционности, руководствуясь презумпциями добросовестности законодателя и конституционности оспариваемой нормы, заранее предполагает легитимность преследуемых законодателем целей, наличие рациональной взаимосвязи оспариваемых норм с целями, а также их необходимость. Исключение судом обозначенных элементов теста лишает заинтересованных лиц возможности ссылаться на эти недостатки оспариваемых норм как на основания их неконституционности. Поэтому КС РФ сразу переходит к определению соразмерности установленных оспариваемыми нормами ограниченный конституционных прав и свобод, т.е. фактически к четвертому элементу теста.

Сложившийся подход, основанный на принципе конституционной сдержанности, приводит к неутешительному выводу, что установление и регулирование баланса КС РФ относит исключительно к обязанности органов законодательной власти и фактически отстраняется от проверки реализации данной обязанности в рамках конституционного судопроизводства. Проблема заключается в том, что дефекты многих норм федерального законодательства связаны именно с их фактической непригодностью для достижения конституционно значимых целей, необхо-

димость принятия многих норм также вызывает серьезные сомнения.

По мнению КС РФ, в качестве основного в методологии конституционного нормоконтроля необходимо рассматривать аксио-телеологический метод, поскольку он позволяет решать выявленные в рассматриваемых делах ценностные коллизии и устанавливать конституционно приемлемый баланс между затронутыми ценностями.

Однако анализ актов КС РФ позволяет заключить, что балансирование в основном опирается на текстуальный анализ норм Конституции РФ, отраженную в ней иерархию конституционных ценностей, конституционные принципы, либо КС РФ вовсе отказывается от балансирования, не признавая неконституционность законодательства, поскольку оно непосредственно не приводит к нарушению конституционных прав. В этом случае КС РФ дает гармонизирующее толкование, позволяющее в дальнейшем судам самостоятельно учитывать обстоятельства в делах заявителей [16, с. 96–97].

Между тем подобный подход суда приводит к тому, что законодатель либо не видит необходимости в совершенствовании законодательства в части максимального обеспечения реализации конституционных целей, либо при установлении нового регулирования учитывает только общие выводы о конституционности или неконституционности конкретных норм, не связывая себя мотивировкой занимаемых КС РФ позиций. Толкование и балансирование, основанные преимущественно на нормативистском подходе, предполагают выявление прямого несоответствия оспариваемых норм конкретным положениям Конституции РФ. Если суд констатирует, что реализация оспариваемых норм напрямую не нарушает конституционные права, хотя и препятствует их реализации, то он должен сформулировать вывод о их соответствии основному закону, что фактически предоставляет законодателю неограниченную свободу для дальнейшего регулирования. Если же суд устанавливает нарушение права, однако при этом оспариваемые нормы направлены на реализацию другого конституционного права, то аргументация выбора между ними составляет серьезную проблему. Поэтому нередко КС РФ фактически избегает выявления конкурирующих конституционных ценностей и останавливается только на обосновании нарушения оспариваемыми нормами положений основного закона.

В свою очередь, суды при разрешении в дальнейшем схожих дел, не имея конкретных пара-

метров балансировки, будучи связанными конкретным содержанием подлежащих применению норм, в лучшем случае опираются на их конституционное толкование. В результате КС РФ при рассмотрении новых обращений вынужден снова и снова указывать законодателю и правоприменителям на свои ранее изложенные позиции.

Как уже отмечалось, еще одним важным условием реализации обозначенной модели взаимодействия между законодателем и судом является возможность изменения последним своей позиции относительно конституционности оспариваемых норм. Тест на пропорциональность предполагает развернутую аргументацию выводов суда, основанную, в том числе на анализе многих обстоятельств. При изменении законодателем оспоренных норм, появлении правового регулирования отношений, связанных с реализацией иных способов удовлетворения определенных интересов, у суда имеется возможность их дополнительной балансировки при возникновении соответствующих споров. Заложенное в праве стремление к правильности, справедливости предполагает, что достижение баланса в регулируемых отношениях подразумевает длящийся характер балансировки, обеспечивающей адекватное и своевременное реагирование суда и законодателя на постоянно меняющиеся социальные условия. Такой подход позволяет суду в мотивировочной части решения указать, что конкретно изменилось со времени принятия судом решения по аналогичному делу и как соответствующие изменения влияют на занимаемую ранее судом позицию.

Конституция РФ и Закон о конституционном Суде не содержат запрета на изменение КС РФ своей позиции относительно конституционности оспоренных ранее правовых норм. При этом абсолютное большинство рассматриваемых КС РФ дел связано с рассмотрением жалоб граждан и юридических лиц на нарушение их конституционных прав и свобод нормативными правовыми актами, подлежащими применению в конкретных делах, рассмотренных судами общей юрисдикции и арбитражными судами. Трудно предположить, что все заявители не имеют представления о позициях, ранее сформулированных КС РФ относительно конституционности оспариваемых ими норм. Обращаясь к высшей судебной инстанции в стране, исчерпав при этом возможности судебной защиты своих прав, они рассчитывают, что КС РФ уточнит свою позицию с учетом изменения правового регулирования соответствующих отношений и конкретных фактических обстоятельств их дел. Однако

случаи пересмотра судом своей позиции носят единичный, исключительный характер.

С одной стороны, суд и сам должен руководствоваться сформулированным им же конституционным принципом правовой определенности. Однако вызывает недоумение, когда суд при существенном изменении соответствующего законодательства продолжает опираться на ранее сформулированные позиции, отказывая заявителям в проверке конституционности тех или иных норм. К тому же для других судов позиции КС РФ со временем фактически утрачивают свою актуальность, поскольку они также были сформулированы при другом правовом регулировании.

Как представляется, отказ в пересмотре многих позиций КС РФ, в том числе обусловлен вышеизложенным избирательным подходом к применению в российском конституционном правосудии теста на пропорциональность.

Заключение

На основании Федерального закона «О прекращении действия в отношении Российской Федерации международных договоров»⁵ в связи с прекращением членства Российской Федерации в Совете Европы в отношении нашего государства прекратила действие Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и все протоколы к ней. Для Российской Федерации стали необязательными решения Европейского суда по правам человека, активно применяющего тест на пропорциональность при разрешении отнесенных к его компетенции дел. Однако это совершенно не означает, что используемые в конституционном правосудии стран Совета Европы методы аргументации принимаемых судами решений утратили свою актуальность, поскольку в Конституции РФ отражены практически все основные положения Конвенции относительно прав и свобод человека.

Признание баланса публичных и частных интересов в качестве общеправового принципа и его последовательное применение КС РФ не обеспечит гарантированного разрешения проблем, связанных с эффективностью законодательства, его оторванностью от норм основного закона. Необходимость использования КС РФ нормативистских подходов в аргументации решений по определенным категориям конституционных дел, не связанных с конфликтами

⁵ О прекращении действия в отношении Российской Федерации международных договоров : Федер. закон от 23 февр. 2023 г. № 43-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2023. № 10. Ст. 1566.

между различными социальными интересами, не вызывает сомнений.

Однако при обнаружении судом затруднений в реализации конституционно-значимых целей правового регулирования, конфликта частных интересов, публичных и частных интересов, балансирование, в основе которого лежит тест на пропорциональность, должно стать обязательным инструментом конституционного толкования, обеспечивающим аргументированность принимаемых судом решений.

В ситуации, когда федеральный законодатель в принципе не желает связывать себя какими-либо содержательными требованиями к результатам своей деятельности, КС РФ, даже при ограниченности своих полномочий в части выявления и устранения дефектов нормативных правовых актов [17], используя методологию балансирования, может косвенно указывать законодателю на допущенные им ошибки. Как представляется, проблема балансирования в узком смысле возникнет перед КС РФ только при со-

блюдении оспариваемыми нормами первых трех требований теста на пропорциональность. Когда федеральный законодатель вслед за КС РФ при разработке любого законопроекта будет соотносить свои желания с конституционно-значимыми целями правового регулирования, при этом в рамках обсуждения и принятия законопроекта будет выяснять, действительно ли реализация предлагаемых норм способствует достижению обозначенных целей, а также искать альтернативные, менее ограничивающие соответствующие конституционные права и свободы, менее затратные для государства и граждан способы реализации публичных и частных интересов, качество и эффективность российского законодательства, несомненно, будут улучшаться.

Как показало проведенное исследование, для реализации предлагаемого механизма взаимодействия между федеральным законодателем и КС РФ имеются как конституционно-правовая основа, так и достаточная теоретическая и методологическая база.

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

1. Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность / С.А. Авакьян. — 2-е изд. — Москва : Сашко, 2000. — 528 с.
2. Минникес И.А. Конституционное судебное толкование / И.А. Минникес, Е.В. Пирмаев. — DOI 10.17150/1819-0928.2021.22(4).297–306. — EDN AAMYMI // Академический юридический журнал. — 2021. — Т. 22, № 4. — С. 297–306.
3. Aleinikoff T.A. Constitutional Law in the Age of Balancing / T.A. Aleinikoff // The Yale Law Journal. — 1987. — Vol. 96, no. 5. — P. 943–1005.
4. Aroney N. Julius Stone and the end of Sociological Jurisprudence: Articulating the Reasons for Decision in Political Communication Cases / N. Aroney // UNSW Law Journal. — 2008. — Vol. 31, no. 1. — P. 107–135.
5. Paul W. Kahn the Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell / W. Paul // The Yale Law Journal. — 1987. — Vol. 97, no. 5. — P. 1–60.
6. Beatty David M. The Ultimate Rule of Law / M. David Beatty. — Oxford: Oxford University Press, 2004. — 193 p.
7. Tsakyrakis S. Proportionality: An Assault on Human Rights? / S. Tsakyrakis // International Journal of Constitutional Law. — 2009. — Vol. 7, iss. 3. — P. 468–493.
8. Коэн-Элия М. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни / М. Коэн-Элия, И. Порат. — EDN NXPFVR // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 3 (82). — С. 59–81.
9. Schlink B. Proportionality (1) // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajó. — Oxford : Oxford University Press, 2012. — P. 719–736.
10. Klatt M. The Constitutional Structure of Proportionality / M. Klatt, M. Meister. — Oxford : Oxford University Press, 2012. — 184 p.
11. Бажанов А.А. Проблемы реализации принципа соразмерности в судебной практике / А.А. Бажанов. — EDN YVAUCT // Труды Института государства и права РАН. — 2018. — Т. 13, № 6. — С. 124–157.
12. Хорунжий С.Н. Пропорциональность как самостоятельный конституционный принцип Российской Федерации / С.Н. Хорунжий. — DOI 10.21681/2226-0692-2021-4-9-20. — EDN EFLDLH // Мониторинг правоприменения. — 2021. — № 4 (41). — С. 9–20.
13. Вайпан Г.В. Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно / Г.В. Вайпан. — EDN UABYEP // Сравнительное конституционное обозрение. — 2015. — № 3 (106). — С. 37–54.
14. Урошлева А.С. Аргументация решений органов конституционного правосудия: основные элементы теории : дис. ... канд. юрид. наук : 5.1.2. / А.С. Урошлева. — Москва, 2023. — 240 с.
15. Гаджиев Г.А. О принципе пропорциональности и конституционной кассации / Г.А. Гаджиев. — EDN RPOISF // Судья. — 2019. — № 7. — С. 56–64.

16. Аничкин Е.С. Конституционное балансирование в России: право и перспективы / Е.С. Аничкин, Ю.А. Рудт. — DOI 10.17323/2072-8166.2019.5.80.100. — EDN ROIGPB // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2019. — № 5. — С. 80–100.

17. Девицкий Э.И. О способах выявления и устранения судами дефектов нормативных правовых актов / Э.И. Девицкий. — DOI 10.17150/1819-0928.2021.22(2).106-114. — EDN KTZVKG // Академический юридический журнал. — 2021. — Т. 22, № 2. — С. 106–114.

REFERENCES

1. Avak'yan S.A. *Constitution of Russia: nature, evolution, modernity*. 2nd ed. Moscow, Sashko Publ., 2000. 528 p.
2. Minnikes I.A., Pirmaev E.V. Constitutional judicial interpretation. *Akademicheskii yuridicheskii zhurnal = Academic Law Journal*, 2021, vol. 22, no. 4, pp. 297–306. (In Russian). EDN: AAMYMI. DOI: 10.17150/1819-0928.2021.22(4).297–306.
3. Aleinikoff T.A. Constitutional Law in the Age of Balancing. *The Yale Law Journal*, 1987, vol. 96, no. 5, pp. 943–1005.
4. Aroney N. Julius Stone and the end of Sociological Jurisprudence: Articulating the Reasons for Decision in Political Communication Cases. *UNSW Law Journal*, 2008, vol. 31, no. 1, pp. 107–135.
5. Paul W. Kahn the Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powel. *The Yale Law Journal*, 1987, vol. 97, no. 5, pp. 1–60.
6. Beatty David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2004. 193 p.
7. Tsakyrakis S. Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7, iss. 3, pp. 468–493.
8. Cohen-Eliya M., Porat I. American Balancing and German Proportionality: Historical Origins. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie = Comparative Constitutional Review*, 2011, no. 3, pp. 59–81. (In Russian). EDN: NXPFVR.
9. Schlink B. Proportionality (1). In Rosenfeld V., Sajó A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012. P. 719–736.
10. Klatt M. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford, Oxford University Press, 2012. 184 p.
11. Bazhanov A.A. Problems of the Implementation of the Principle of Proportionality in Judicial Practice. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN = Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 2018, vol. 13, no. 6, pp. 124–157. (In Russian). EDN: YVAUCT.
12. Khorunzhii S. Proportionality as an Independent Principle of the Constitutional Law of the Russian Federation. *Monitoring pravoprimeneniya = Monitoring law Enforcement*, 2021, no. 4, pp. 9–20. (In Russian). EDN: EFLDLH. DOI: 10.21681/2226-0692-2021-4-9-20.
13. Vaypan G. The Principle of Proportionality and Arguments About Human Rights Limitations: From Alexy To Dworkin and Back. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie = Comparative Constitutional Review*, 2015, no. 3, pp. 37–54. (In Russian). EDN: UABYEP.
14. Uroshleva A.S. *Reasoning for decisions of constitutional justice bodies: the main elements of the theory*. Cand. Diss. Moscow, 2023. 240 p.
15. Gadzhiev G.A. On the principle of proportionality and constitutional cassation. *Sud'ya = Judge*, 2019, no. 7, pp. 56–64. (In Russian). EDN: RPOISF.
16. Anichkin Ye., Rudt Ju. Constitutional Balancing In Russia: Practice and Perspectives. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki = Law. Journal of the Higher School of Economics*, 2019, no. 5, pp. 80–100. (In Russian). EDN: ROIGPB. DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.80.100.
17. Devitskii E.I. On Methods For Identifying and Eliminating Defects in Normative Legal Acts. *Akademicheskii yuridicheskii zhurnal = Academic Law Journal*, 2021, vol. 22, no. 2, pp. 106–114. (In Russian). EDN: KTZVKG. DOI: 10.17150/1819-0928.2021.22(2).106-114.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Эдуард Иванович Девицкий — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Иркутского юридического института (филиала). Университет прокуратуры Российской Федерации. 664035, Россия, Иркутск, ул. Шевцова, 1; Researcher ID: AAC-7537-2020. SPIN-код: 8789-4142.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Eduard I. Devitskii — Ph.D. in Law, Ass. Professor, Department of Civil Law. Irkutsk Law Institute (Branch), University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation. 1, Shevtsova st., Irkutsk, Russia, 664035; Researcher ID: AAC-7537-2020. SPIN-code: 8789-4142.

Поступила в редакцию / Received 17.04.2024

Доработана после рецензирования / Revised 02.07.2024

Принята к публикации / Accepted 26.09.2024