



СЕРГЕЙ АЛЕКСАНДРОВИЧ БЕЛОВ

*доцент кафедры государственного и административного права
СПбГУ, кандидат юридических наук*

s.a.belov@spbu.ru

РАЦИОНАЛЬНОСТЬ СУДЕБНОЙ БАЛАНСировКИ КОНСТИТУЦИОННЫХ ЦЕННОСТЕЙ С ПОМОЩЬЮ ТЕСТА НА ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТЬ

Одним из главных способов обеспечения необходимой для любого правового решения предсказуемости и определенности выступает рациональный характер обоснования (аргументации) решений. В конституционном праве рациональная аргументация по сложным конституционным делам обеспечивается балансированием конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность. В статье рассматривается вопрос о том, насколько пропорциональность способна обеспечить рациональное обоснование и предсказуемость итогового решения суда, анализируется концептуальная критика пропорциональности в правовой доктрине и дается оценка отдельным элементам теста пропорциональности в его описании в работах Р. Алекси.

Ключевые слова: пропорциональность, баланс конституционных прав и принципов, рациональность, конституционный контроль, конституционные ценности, конфликт конституционных прав

Право стремится к обеспечению предсказуемости и определенности. Это касается и актов, устанавливающих правовые нормы, и актов применения права. Определенность норм достигается использованием недвусмысленных слов или выражений, определенность правоприменительных решений — путем выстраивания убедительной, логически последовательной аргументации, рационального обоснования итогового вывода о применении правовой нормы к рассматриваемой ситуации.

Применение конституционных положений в делах об оценке конституционности законодательных норм также должно отвечать требованиям рационального обо-

снования. В противном случае любое решение Конституционного Суда выглядело бы совершенно произвольным и опиралось бы исключительно на авторитет Суда, но не на убедительность аргументов. Каждое рассмотренное дело оставалось бы совершенно уникальным, из каждого принятого решения невозможно было бы сделать какие-то общие выводы и каждая ситуация требовала бы оценки Конституционного Суда и только его. Следовательно, приоритетной задачей конституционно-правовой науки и практики конституционного правосудия становится поиск средств наиболее убедительных рациональных механизмов обоснования решений по конституционным делам.

Рациональное обоснование именно в конституционных делах конструируется сложнее, чем в гражданских, уголовных или административных. Конституционные нормы отличаются высокой степенью абстрактности, что затрудняет их интерпретацию, необходимую для выстраивания логических умозаключений этих норм. Кроме того, возникает также проблема конкуренции правовых предписаний — проблема, которая менее характерна для других областей права или отсутствует в них вовсе. Противоречия между нормами обычного законодательства обычно разрешаются на основе формальных коллизионных норм: *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori*. Но еще более важно то, что сама по себе коллизия норм рассматривается как ситуация экстраординарная, требующая разрешения путем выбора одной нормы.

Конституционные нормы-принципы (к числу которых можно отнести и права человека), как и общие принципы права, в силу своей абстрактности имеют слишком широкий охват и в результате этого неизбежно пересекаются. Исключить действие одной из них в случае коллизии на основе формальных критериев обычно невозможно¹: они имеют одинаковый уровень обобщенности, одинаковую юридическую силу и установлены одним актом, т.е. одновременно. Даже если права относятся к правам разных «поколений», говорить о какой-либо иерархии прав человека с практической точки зрения считается недопустимым², а в общетеоретическом плане это неэффективно из-за равенства юридической силы прав человека как правовых принципов³.

В результате Конституционный Суд должен рационально обосновать выявленный им баланс конституционных прав (конфликтующих между собой или с другими конституционными принципами, обобщенно представляемыми в решениях как «конституционные ценности»). Такой способ в настоящее время стал основным ин-

¹ Такое положение вещей можно считать очевидным исходя из существующей судебной практики по конституционным делам в разных мировых юрисдикциях. Однако в российской литературе оно ставится под сомнение (см.: Тимошина Е.В. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 14. Право. 2015. Вып. 3. С. 4–34).

² Например, в канадской конституционной юрисдикции (см.: Carter M. Analysis of the No Hierarchy of Constitutional Rights Doctrine. 12 Rev. Const. Stud. 19–52 (2006–2007)).

³ См.: Barak A. Ch. 34 Proportionality (2) // Rosenfeld M., Sajo A. (eds.) The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford, 2012. P. 738–755, 740.



струментом аргументации решений сложных конституционных коллизий. Балансировка конституционных ценностей, главным образом в рамках *концепции пропорциональности*, составляет основу доктрины и практики современного, послевоенного⁴ конституционализма⁵. Пафос превознесения значения пропорциональности как инструмента обоснования конституционно-правовых решений доходит до признания пропорциональности «последней нормой права», завершающей развитие конституционализма⁶. Однако обеспечивает ли на самом деле балансировка ценностей с помощью теста на пропорциональность ту самую рациональность принимаемого решения, его логическую обоснованность и предсказуемость, а также необходимую определенность действия конституционных норм и принципов?

Поиск баланса между разными конституционными ценностями представляется общей моделью, которая проявляется в первую очередь в оценке пропорциональности государственного вмешательства в права человека (их ограничения)⁷. В разных национальных правовых системах это может отражаться по-разному: для судов Европы балансирование осуществляется в рамках парадигмы пропорциональности, а в США это может происходить и отдельно от тестов на пропорциональность⁸. Различия между европейской концепцией пропорциональности и американской концепцией балансирования обнаруживаются в их происхождении, изначальных целях, исторических предпосылках и общем контексте возникновения, но не в сути самой интеллектуальной процедуры⁹.

При сравнении балансирования и пропорциональности разные аналитики отдают предпочтение разным процедурам, оценивая их преимущества и недостатки и предполагая их похожими институтами судебной аргументации, по-разному сформировавшимися в разных правовых системах¹⁰. Р. Алекси упоминает балансирование как один из элементов общего теста на пропорциональность¹¹, считая не пропорциональность инструментом балансирования, а наоборот.

⁴ См.: *Weinrib L.* The Postwar Paradigm and American Exceptionalism in Sujit Choudhry (ed.) *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge, 2006. P. 84.

⁵ См.: *Law D.* Generic Constitutional Law, 89 *Minn. L. Rev.* 652 (2005); *Stone Sweet A., Mathews J.* Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism. 47 *Colum. J. Transnat'l L.* 73–165 (2008); *Kumm M.* Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement, in *Law, Rights, Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy*. Oxford; Portland, 2007.

⁶ См.: *Beatty D.* The Ultimate Rule of Law. N.Y., 2004, см. также рецензию на эту книгу: *Jackson V.C.* Being Proportional About Proportionality. 21 *Const. Comment.* 803 (2004).

⁷ См.: *Stone Sweet A., Mathews J.* Op. cit. P. 78; *Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights. Oxford, 2002; *Idem.* Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. 16 *Ratio Juris.* 2003. 131–40; *Idem.* Balancing, Constitutional Review and Representation // 3 *I•CON* 4. 2005. P. 572–581.

⁸ См.: *Cohen-Eliya M., Porat I.* Proportionality and Constitutional Culture. Cambridge, 2013.

⁹ См.: *Cohen-Eliya M., Porat I.* American balancing and German proportionality: The historical origins // *I•CON*. 2010. Vol. 8 No. 2. P. 263–286, 266–270.

¹⁰ *Ibid.* P. 266–270.

¹¹ *Alexy R.* Balancing, Constitutional Review and Representation. P. 572–581, 572.

Однако вполне очевидно, что балансирование и пропорциональность строятся на одной идейной и логической основе — на необходимости согласования между собой конфликтующих правовых норм (в том числе правовых принципов). Разница заключается лишь в конкретизации самого интеллектуального (аналитического) процесса: в случае с пропорциональностью для обеспечения балансирования он более структурирован и ярче выражен. Дело не ограничивается выявлением сталкивающихся ценностей (принципов) и рациональностью использованных средств достижения общих целей, требуется также сопоставление этих ценностей с применением по крайней мере общих критериев.

Поиск баланса ценностей и интересов как основная парадигма конституционного права возник только в середине XX в.¹² По оценке А. Алейникова, это было главным образом связано с переходом права от схоластической юриспруденции к правовому реализму — необходимости учитывать разные социальные и правовые обстоятельства, согласовывать разные интересы и находить эффективное решение, устраивающее максимальное количество заинтересованных лиц. Судья стал занимать место социального исследователя, не выносящего формально правильные схоластически аргументированные решения, а обеспечивающего мир и стабильность в плюралистически организованном обществе. Балансирование вернуло суду весы как символ судебной деятельности — аллегорию взвешивания всех социальных аргументов «за» и «против», оценки всех последствий принятия того или иного решения.

Пропорциональность рассматривается как модель анализа и обоснования конституционных решений, дающая в руки судей инструмент анализа конкретных дел¹³. В основе этой модели лежат особенности восприятия конституционных положений не как норм, а как принципов. Различие между нормами и принципами (которое было сформулировано Р. Дворкиным¹⁴) заключается в том, что нормы содержат категорическое предписание, четкое требование к поведению, а следовательно, могут соблюдаться или не соблюдаться, тогда как принципы требуют максимально возможного их воплощения, а при их системном восприятии — максимальной оптимизации¹⁵. Принципы должны быть согласованы друг с другом, поскольку изначально, в отличие от действия норм, в отношении одной и той же ситуации могут действовать несколько принципов. Следовательно, пропорциональность проистекает из самой природы принципов¹⁶.

Механизм оценки пропорциональности заключается в упорядочении процесса анализа обстоятельств конституционного конфликта и поиска его решения, а также ар-

¹² См.: *Aleinikoff A. Constitutional Law in the Age of Balancing // 96 Yale Law Journal. 1987. P. 943–1005.*

¹³ См.: *Kumm M. Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice // 2 I•CON. 2004. P. 574, 579; Barak A. Op. cit. P. 131.*

¹⁴ См.: *Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ.; ред. Л.Б. Макеева. М., 2004. С. 48.*

¹⁵ См.: *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 47.*

¹⁶ См.: *Алекси Р. Формула веса // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 209.*



гументации (обоснования) итоговых выводов, которые делает суд по конкретному делу. Наиболее полно механизм применения пропорциональности изложен в работах Р. Алекси, именно это описание мы возьмем за основу.

Оценка пропорциональности осуществляется путем последовательного анализа (применения тестов) по четырем стадиям¹⁷. На первой стадии выявляются цели издания оспариваемого государственного решения (и ценностей, защита которых обеспечивается этим решением), а также дается оценка того, могут ли подобные цели считаться легитимными, т.е. конституционно значимыми. На второй стадии оценивается соответствие принятого решения поставленной цели, устанавливается, имеется ли между ними рациональная взаимосвязь. На третьей стадии использованные для достижения поставленной цели меры сопоставляются с другими возможными средствами достижения той же цели: могут ли они быть столь же эффективны, не предполагая столь существенного посягательства на права человека или другие конституционные ценности. Наконец, на четвертой стадии предполагается оценка пропорциональности в узком смысле — сопоставление ущерба, вытекающего из ограничения прав, с пользой, которую оно приносит защищаемым конституционным ценностям. На этой четвертой стадии осуществляется балансировка, взвешивание ценностей, которое максимально формализовано в работах Р. Алекси на основе «закона балансирования»¹⁸ с помощью «формулы веса» каждого из принципов и интенсивности их ограничения¹⁹.

Подобная процедура защищается сторонниками идеи пропорциональности как максимально рациональный способ принятия сложных конституционных решений. В этой части основными разработчиками и защитниками концепции пропорциональности являются Н. Маккормик²⁰ и Р. Алекси²¹, отстаивающие в своих работах идею того, что рациональное принятие решений требует учета всех сталкивающихся конституционных ценностей, поиск баланса между которыми для избежания субъективности должен быть по возможности максимально формализован. Для этого прекрасно подходит концепция баланса и пропорциональности.

Оценка пропорциональности в результате такой рационализации и формализации предполагает максимальное избавление от субъективизма судей, принимающих решения по сложным конституционным делам. Пропорциональность оценивается как способ обеспечить нейтральность решений судов и не навязывать собственные по-

¹⁷ См.: Klatt M., Meister M. The constitutional structure of proportionality. Oxford, 2012. P. 8–15.

¹⁸ См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 102 ff.

¹⁹ См.: Алекси Р. Указ. соч.

²⁰ См.: McCormick N. Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning. Oxford, 2005.

²¹ Помимо них, к активным апологетам идей пропорциональности относятся Д. Битти и М. Кумм (см.: Beatty D. Op. cit.; Kumm M. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement; *Idem*. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. 4 Law & Ethics Hum. Rts., 141 (2010); и др.).

зиции обществу, а только по общей объективной схеме рассматривать соотношение целей, преследуемых государством, с мерами, которые предприняты для их достижения²². Именно эти свойства способствовали столь масштабному распространению пропорциональности как глобальной аналитической схемы конституционного анализа.

Случаи оспаривания пропорциональности как наилучшей модели в современной конституционно-правовой доктрине редки. Критиков концепции пропорциональности совсем немного²³, однако их возражения заслуживают внимания для оценки того, насколько пропорциональность действительно обеспечивает главную задачу конституционно-правовой методологии — рациональность принятия решений.

Первым возражением против использования концепции пропорциональности следует считать оспаривание балансирования как такового в качестве общей парадигмы конституционного анализа и принятия решений. Такой подход сегодня можно охарактеризовать как консервативный. В США пик обсуждений подобных возражений пришелся на первую половину XX в., а после Второй мировой войны даже последовательные противники балансирования в Верховном суде США (в частности, судья Х. Блэк) стали использовать эти идеи в аргументации судебных решений²⁴. В последние годы основным критиком идеи балансирования выступал вплоть до своей смерти в феврале 2016 г. А. Скалиа²⁵, один из самых консервативных судей Верховного суда США.

В правовой доктрине критика идей баланса встречается в основном в работах американских юристов²⁶, и значительно реже — у правоведов в Европе, где правила пропорциональности буквально пронизывают все публичное право, начиная от административного и заканчивая правом Европейского союза²⁷. В трудах некоторых конституционалистов из Азии также обсуждаются лишь отдельные проблемы практической реализации принципа пропорциональности²⁸.

²² См.: *Beatty D.* Op. cit. P. 5.

²³ Наиболее заметна в этом отношении дискуссия в журнале *I•CON* по поводу критики концепции пропорциональности (см.: *Tsakyraakis S.* Proportionality: An Assault on Human Rights? // 7 *I•CON*.2009. P. 468–493). Другим известным критиком концепции пропорциональности считается Г. Вебер (см.: *Webber G.* *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights.* Cambridge, 2009).

²⁴ См., напр.: *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214, 216 (1944).

²⁵ См. особое мнение А. Скалиа по делу *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises* 486 U.S. 888, 897 (1988).

²⁶ См.: *Tsakyraakis S.* Op. cit. P. 468, 469–475.

²⁷ См.: *Barak A.* Op. cit. P. 457–491.

²⁸ В трудах некоторых конституционалистов из Азии также обсуждаются отдельные проблемы практической реализации принципа пропорциональности (см.: *Hiroshi Nishihara.* Constitutional Meanings of the Proportionality Principle in the Face of the «Surveillance State» // 26 *Waseda Bulletin of Comparative Law* 3 (2008)).



Современная правовая доктрина фактически может противопоставить концепции пропорциональности только идею о том, что права человека слишком значимы, слишком важны, чтобы противовесом к ним могли выступать другие конституционные цели. Эти идеи можно в обобщенном виде сформулировать известной метафорой Р. Дворкина: «Права — это козыри [trumps]»²⁹. В основе позиции Дворкина лежит критика по отношению к общему основанию балансирования — Дворкин, в отличие от Алекси, не признает конституционные положения о правах человека принципами, а считает их нормами, требующими соблюдения по принципу «все или ничего»³⁰. Пропорциональность лишает права их «козырной» силы³¹, ставит их в один ряд с такими конституционными ценностями, как защита публичной безопасности или общественной нравственности. Тем самым нарушается характерная для конституционализма иерархия ценностей, на высшей ступени которой должен быть человек, его права и свободы. Пропорциональность делает права человека одними из конституционных ценностей, игнорируя их особое значение для конституционализма, и в итоге ставит под сомнение права в качестве высшей конституционной ценности.

В той же плоскости лежат и возражения Ю. Хабермаса³², который, в отличие от Р. Алекси, не обнаруживает в концепции балансирования развития дискурсивной теории. Принципиальная позиция Хабермаса по поводу различий между нормами и ценностями предполагает несогласие с идеей о возможности охарактеризовать какие-либо правовые положения в качестве требующих не безусловного соблюдения, а максимально возможного воплощения. Иными словами, Хабермас не приемлет саму идею различения принципов и норм, полагая, что любые правовые установления (в том числе права человека) должны рассматриваться только как нормы и действовать категорически, требуя полного, безусловного и абсолютного соблюдения.

Отчасти в данном случае отражаются и различия восприятия прав человека в качестве норм или принципов в европейской и американской правовых традициях, обнаруженные В. Садурским³³. Такое различие заключается в определенной абсолютизации прав человека в правовой система США: права оцениваются, скорее, как нормы, и потому в сложных конституционных делах выявляются пределы их действия. Если речь идет об экстремистских высказываниях, порнографии и других формах свободы выражения, Верховный суд США скорее будет считать, что эти про-

²⁹ Dworkin R. Rights as Trumps, in: Waldron J. (ed.) *Theories of Rights*, Oxford, 1984. P. 153–67; *Idem*. Is There a Right to Pornography? // 1 OJLS. 1981. P. 177–212; Tsakyrakis S. Op. cit. P. 468–93.

³⁰ См.: Dworkin R. Rights as Trumps.

³¹ См.: Beatty D. Op. cit. P. 14.

³² См.: Habermas J. *Between Facts and Norms — Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* / transl. by W. Rehg. Cambridge, 1996. P. 259.

³³ См.: Sadurski W. Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics // Sartor G., Bongiovanni G. Valentini Ch. (eds.) *Reasonableness and Law*. L. — N.Y., 2009. P. 129–146. Эта работа опубликована и на русском языке (см.: Садурский В. «Разумность» и плюрализм ценностей в праве и политике // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 4. С. 21–36).

явления свободы слова не защищены Первой поправкой, нежели, подобно европейским судам, признает, что в этом отношении изначально широкие пределы свободы слова ограничены иными конституционными ценностями. На первый взгляд это можно расценивать как большую приверженность правам как «козырям», однако при более внимательном рассмотрении становится понятно, что речь идет о способах аргументации, но не о содержательном механизме разрешения конфликтов. Для того чтобы очертить границы конституционного права и определить, в каких пределах это право подлежит защите, необходимо провести фактически ту же процедуру балансирования, хотя и не прибегая к терминологии взвешивания.

Очевидно, что подобная критика в адрес концепции балансирования носит схоластический характер: в реальном обществе права не могут иметь безусловного и абсолютного приоритета над другими конституционными принципами, тем более что часто речь идет о конфликте двух прав человека, а многие общественные интересы направлены на защиту прав и свобод других людей. Традиционные «догматические» методы толкования конституционных положений о правах человека³⁴ не обеспечивают должного учета всех социально значимых обстоятельств, которые должны принимать во внимание суды при принятии решений по сложным конституционным делам, не обеспечивает достаточной гибкости в учете различных конституционно значимых обстоятельств. В результате суды вынуждены использовать концепцию балансирования.

Второе возражение, выдвигаемое против исследуемой концепции, — это несоизмеримость (*incommensurability*) сопоставляемых принципов или ценностей. Выявленная в рамках философии и социологии как проблема операций с ценностями вообще³⁵, в дальнейшем она стала считаться недостатком механизма пропорциональности. Несоизмеримость предлагалось понимать в сильном и слабом смысле: в сильном — как невозможность вообще установить соотношение между сравниваемыми ценностями в отсутствие общей шкалы, мерил или третьей ценности. Именно о такой несоизмеримости, возражая против идеи взвешивания интересов, писали Г. Кельзен³⁶ и А. Скалиа³⁷. Несоизмеримость в слабом смысле — это невозможность сопоставить значение одного со значением другого (одна ценность может быть несоизмеримо важнее другой, — так же, как при восприятии прав в качестве «козырей» или прямом указании в Конституции на приоритет определенной ценности (*lexical order*))³⁸.

³⁴ См.: Тимошина Е.В. Указ. соч.

³⁵ См.: Cohen E., Ben-Ari E. Hard Choices: A Sociological Perspective on Value Incommensurability. 16 Human Studies 3 (1993). P. 267–297.

³⁶ См.: Kelsen H. Legal Formalism and the Pure Theory of Law // Jacobson A., Schlink B. (eds.). Weimar: A Jurisprudence of Crisis. Berkeley, 2000. P. 81.

³⁷ В упомянутом ранее особом мнении по делу *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises* Скалиа сформулировал известную метафору — сравнение двух интересов это все равно что сравнение длины линии и тяжести скалы.

³⁸ См.: Waldron J. Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. 45 Hastings L. J. 1994. 814–24.



В защиту концепции пропорциональности высказывались различные позиции. В. да Сильва утверждает, что несоизмеримость (отсутствие общей шкалы, меры) не означает невозможность сравнения и не препятствует рациональному поиску баланса³⁹. Пропорциональность как таковая предполагает взвешивание в самом общем и переносном смысле: не столько ценности взвешиваются на общих весах, сколько оценивается степень реализации каждой ценности. Однако в «формуле веса» Р. Алекси⁴⁰ придание «абстрактного веса» каждому из принципов или ценностей все же оказывается необходимым. «Абстрактный вес» у Алекси выражается в числовом значении, что предполагает существование некоей общей шкалы, по которой можно одному принципу (в примере Алекси это защита частной жизни) присвоить значение 0,8, а другому (свободе прессы) — значение 0,4⁴¹. В присвоенных подобных значений «абстрактного веса» видится главная проблема самого механизма взвешивания в изложении Р. Алекси.

М. Коэн-Елия и И. Порат настаивают на том, что сама концепция пропорциональности решает проблему соразмерности. По их мнению, суть теста пропорциональности можно объяснить на примере конкурса собак. Если сравнить несколько бульдогов и нескольких шнауцеров между собой не сложно, то как сравнить бульдога со шнауцером? Достаточно определить, насколько конкретный бульдог, победитель среди бульдогов, близок к абсолютному идеалу бульдога, а победитель среди шнауцеров — к идеалу шнауцеров⁴². В механизме оценки пропорциональности суд решает, насколько возникший конфликт посягает на само существование каждой из ценностей.

По мнению Б. Чэпмэна, проблема несоизмеримости ценностей решается другим путем — в сфере права должны применяться характерные для теории игр правила равновесия Нэша и оптимума Парето: пропорциональность — это поиск той точки, в которой наиболее полно воплощаются все конституционные правила и принципы в сбалансированном виде⁴³. Оптимум Парето упоминается и Р. Алекси как цель процедуры взвешивания (балансирования)⁴⁴. Сама по себе эта идея видится весьма убедительной, но при условии, что конституционные принципы (ценности), баланс между которыми выявляется с помощью механизма пропорциональности, имеют одинаковый вес. Однако с этим Алекси не готов согласиться: в «формуле веса» каж-

³⁹ См.: *Silva V.A. da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision // 31 Oxford Journal of Legal Studies 2. 2011. P. 273–301.*

⁴⁰ См.: Алекси Р. Указ. соч.

⁴¹ См.: *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 98.*

⁴² См.: *Cohen-Eliya M., Porat I. American balancing and German proportionality: The historical origins. P. 263–286, 269.*

⁴³ См.: *Chapman B. Incommensurability, proportionality, and defeasibility // 12 Law Probability and Risk. 2013. P. 259–274. Подробнее см.: Idem. Preference, Pluralism, and Proportionality // 60 The University of Toronto Law Journal 2. Law, economics and public policy: essays in honour of Michael Trebilcock (Spring 2010). P. 177–196.*

⁴⁴ См.: *Alexy R. Balancing, Constitutional Review and Representation. P. 572–581, 573.*

дому из сталкивающихся принципов присваивается определенный «абстрактный вес»⁴⁵, а при построении кривых соотношения принципов в конкретных делах учитывается их относительная значимость⁴⁶.

В случае равного веса принципов можно было бы строить «гиперболу» соотношения ограничений⁴⁷ — чем сильнее ограничение одного принципа, тем слабее ограничение другого, и наоборот. Правда, в этом случае алгоритм анализа все равно остается не до конца последовательным и понятным: степень ограничения (вмешательства) даже в самом детализированном виде («двойная триадическая модель») предполагает дискреционное восприятие степеней ограничения (у Алекси их девять), тогда как при построении гиперболической кривой требуется плавное (поступательное) изменение степени вмешательства. Кроме того, гиперболическая кривая не дает ответа на вопрос о том, где будет найден баланс — в центре гиперболы или в другом ее месте. В результате помимо наглядности представление проблемы соотношения принципов в графическом виде мало помогает конструированию алгоритма взвешивания.

В целом доводы о несоизмеримости ценностей не выглядят убедительными, что, однако, не дает оснований признавать возможность рационального выстраивания баланса конкурирующих ценностей.

Третье и главное возражение против концепции пропорциональности заключается в том, что балансирование и оценка пропорциональности всегда осуществляются *ad hoc*, тем самым не позволяя сформулировать общее и стабильное правовое регулирование, которое обеспечивало бы необходимую определенность и предсказуемость⁴⁸. Отсюда вытекает и многократно цитируемый в различных работах довод Ю. Хабермаса о том, что балансирование осуществляется «либо произвольно (*arbitrarily*), либо нерелексивно, в соответствии с обычными стандартами и иерархиями», нерационально⁴⁹. Примечательно, что Алекси признает справедливость первого аргумента («...балансирование — это не та процедура, которая в каждом деле приводит к точному и неизбежному результату»⁵⁰), но не соглашается с тем, что балансирование нерационально⁵¹.

В целом следует признать, что балансировка (в том числе с помощью тестов пропорциональности) неизбежна, если предполагать в конституционном праве цель

⁴⁵ См.: Алекси Р. Указ. соч. С. 222.

⁴⁶ См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 103–104.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ См.: Nimmer M. *Freedom of Speech: A Treatise on the Theory of the First Amendment*. N.Y., 1984, цит. по: Aleinikoff A. *Op. cit.* P. 979.

⁴⁹ Habermas J. *Op. cit.* P. 259.

⁵⁰ Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 100.

⁵¹ Ibid. P. 100.



выявления интеллектуального механизма принятия решения, а не оставлять вопрос о выявлении баланса на субъективное и произвольное усмотрение судей. Преимущества балансировки ценностей очевидны: это формализованность, нейтральность по отношению к содержательным теориям прав⁵² и даже в определенном смысле моральная нейтральность. Балансировка может приводить как к расширению, так и к ограничению прав, что доказывает нейтральность, но в конечном счете заставляет сомневаться в ее эффективности⁵³. Тесты пропорциональности требуют от суда обнажить все мотивы принимаемого решения и озвучить все соображения для того, чтобы любой мог убедиться в обоснованности выводов.

В то же время механизм пропорциональности нельзя считать до конца формализованным. Его отдельные элементы остаются произвольными, сильно ослабляя позитивный эффект оценки пропорциональности в целом. Прежде всего это относится к определению степени вмешательства (легкое, умеренное и серьезное), приданию веса каждому из сталкивающихся принципов и собственно выявлению баланса (при каком уровне вмешательства в каждый из принципов решение можно считать сбалансированным и нейтральным).

Алекси приводит пример с ограничением продажи сигарет⁵⁴, на котором можно продемонстрировать условность используемых им исходных данных.

Во-первых, ученый полагает, что обязанность размещать предупреждение о вреде здоровью представляет легкую степень вмешательства, запрет на продажу сигарет в автоматах — среднюю, а полный запрет — серьезную. Очевидно, что полный запрет реализации права будет серьезным вмешательством, правда, как следует из практики КС РФ⁵⁵, в случае посягательства на основное существо права речь уже может идти скорее об умалении и даже отмене права, нежели о его серьезном ограничении. В остальном приведенные Алекси примеры не вызывают сомнений с точки зрения их градации, однако если мы попытаемся применить эту оценку к другим ограничениям, то столкнемся с серьезными трудностями. Каков уровень ограничений, требующих от производителей сигарет уплаты за каждую пачку акцизного сбора, в несколько раз превышающего стоимость этой пачки? Можно ли считать серьезным вмешательством запрет продажи сигарет в любых магазинах, кроме специализированных табачных, к которым предъявляются дополнительные требования по размеру и характеру представленного ассортимента? Ответить на

⁵² См.: *Kyritsis D.* Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine // 34 *Oxford Journal of Legal Studies* 2 (2014). P. 395–415.

⁵³ См.: *Aleinikoff A.* Op. cit. P. 960–961.

⁵⁴ См.: *Алекси Р.* Указ. соч. С. 210–211.

⁵⁵ См., напр.: постановление КС РФ от 30.10.2003 № 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».

такие вопросы, не имея четкого критерия оценки степени вмешательства, фактически невозможно, ответы остаются на усмотрение судей, что делает результат оценки пропорциональности весьма произвольным, а потому фактически непредсказуемым.

Во-вторых, ограничение продажи сигарет обосновывается высокой степенью важности вмешательства, проистекающей из того, что согласно медицинским исследованиям курение с большой вероятностью может стать причиной серьезных заболеваний, а жизнь и здоровье представляют собой значимые ценности. Однако соотношение важности защиты экономических интересов с возможным вредом здоровью требует неизбежного использования ценностной шкалы. Если же требуется учесть и такие факторы, как вероятность наступления неблагоприятных последствий для здоровья, связанная с интенсивностью курения, или неизбежность серьезного экономического ущерба производителям табачной продукции, то соотношение интенсивности вмешательства окажется оцененным практически произвольно. Единственное явное преимущество концепции пропорциональности — это обязанность суда озвучить все доводы, из которых он исходил при принятии решения. Однако это никак не делает значимость, вес каждого довода объективными и предсказуемыми.

В-третьих, даже после того, как будут предъявлены все аргументы, определены вес каждого принципа и степень интенсивности вмешательства, результат взвешивания все равно не будет очевиден, поскольку в каждом случае у суда есть возможность придать относительный (фактически — субъективный) вес каждому принципу, утвердив приоритет одного перед другим.

Балансирование — это интеллектуальная схема, которая может наполняться разным ценностным содержанием, и в этом ее несомненное преимущество. Однако в этом же и ее очевидный недостаток — она не решает проблемы соотношения ценностей, поскольку такое соотношение есть некие вводные установки, предшествующие применению пропорциональности. Пропорциональность оставляет пространство и для национальных конституционных традиций⁵⁶, и для существенного усмотрения судей. В рамках конкретного правопорядка балансирование дает основания «признать, что не все виды высказываний имеют равную значимость в свете» конституционных гарантий свободы слова⁵⁷, оставляя возможность определять эту значимость судьям так же свободно и произвольно, как они это делали до появления идеи балансировки и оценки пропорциональности. В рамках одной конституционной традиции пропорциональность будет применяться без допущения ограничения прав человека больше, чем это необходимо для защиты общественных ценностей, а в рамках другой — без допущения защиты прав человека большей, чем это возможно исходя из защиты публичных интересов. В обоих случаях это будет оценка баланса (пропорциональности) соотношения двух конституционных ценностей.

⁵⁶ См.: *Jackson V.C. Being Proportional About Proportionality*. P. 810.

⁵⁷ См.: мнение судьи Пауэлла (*Powell*) в деле *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 472 U.S. 749 (1985).



Таким образом, концепция балансирования и оценки пропорциональности, безусловно, приближает содержание судебной деятельности к полностью рационализированному, объективному, нейтральному и предсказуемому идеалу. Концепцию пропорциональности следует считать важнейшим вкладом в дело его достижения. Однако преждевременно считать, что этот идеал уже нашел свое воплощение. Более того, такие утверждения весьма опасны, поскольку создается иллюзия, будто решение уже найдено. Отказ от теста пропорциональности как методологии аргументации судебных актов, очевидно, снизил бы уровень рациональности и предсказуемости принимаемых решений, но нет оснований полагать, что пропорциональность обеспечивает достижение этих целей. Мировой конституционализм сильно продвинулся в воплощении главных ценностей права, но механизм балансирования пока еще не до конца исключает нерациональный выбор ценностного стандарта принятия решений в сложных конституционных делах.