

DOI:

Неопределенность судьейского балансирования и интенсивность конституционного контроля*

Должиков Алексей Вячеславович,
доцент кафедры конституционного права
Санкт-Петербургского государственного университета,
доктор юридических наук, доцент
a.dolzhikov@spbu.ru

В конституционном правосудии широко распространен прием балансирования частных и публичных интересов. Нередко эта судьейская методология критикуется за свою неопределенность. Отчасти проблема неопределенности может быть решена за счет учета фактических обстоятельств конкретного дела. Однако такое *ad hoc* балансирование порождает непредсказуемость для сторон конституционного судопроизводства. Способом разрешения данного затруднения является смешанная (абстрактно-конкретная) модель судьейского балансирования. Автор поддерживает тезис об изменении интенсивности конституционного контроля. В статье критикуется позиция о судьейском самоограничении (сдержанности) в качестве единственной методологии конституционного правосудия. В качестве главного вывода настоящей статьи предлагается перечень факторов, которые могут влиять на интенсивность конституционного контроля обжалуемых законоположений от минимального до максимального.

Ключевые слова: принцип соразмерности, судьейское балансирование, правовая определенность, интенсивность конституционного контроля, судьейское самоограничение, судьейский активизм.

1. Постановка проблемы

Судейское балансирование нередко упрекают в неопределенности. Профессор Фрайбургского университета Маттиас Йештедт [Matthias Jestaedt] замечает, что «доктрина балансирования обещает при применении некоторую степень определенности и точности, которую явно не способна сдержать»¹. Несмотря на видимость научности, эта доктрина «оказывается простой иллюзией, методологической химерой... в юридическом контексте можно говорить о “взвешивании” только в метафорическом смысле»².

В российской доктрине встречается похожая критика. По мнению судьи в отставке Н.В. Витрука, «Конституционный Суд, признавая необходимость обеспечения баланса конституционно защищаемых ценностей, оставлял в неведении заявителей и общество в целом, каким же образом и какими средствами следует обеспечивать такой баланс и какой ценности отдать предпочтение»³. Следовательно, важна открытость юридической аргументации в конституционном правосудии и доступность процедуры взвешивания для широкой публики.

¹ Jestaedt M. Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses // Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy / ed. M. Klatt. Oxford, 2012. P. 163.

² Ibid. P. 165.

³ Витрук Н.В. Юбилейные итоги конституционного правосудия в России (по страницам монографии Н.С. Бондаря «Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия») // Российское правосудие. 2011. № 5. С. 19.

Такое направление критики можно объяснить абстрактностью данного методологического приема, да и конституционного текста в целом. Следует согласиться с мнением о том, что «предписания о правах являются нормами относительно открытого типа, то есть они одновременно неопределенны и подвергаются риску негибкой и пристрастной интерпретации... у судей есть веские причины для формализации процедуры балансирования и навязывания ее сторонам судопроизводства»⁴. Решением проблемы неопределенности отчасти служит балансирование *ad hoc* (в конкретном случае).

2. Балансирование *ad hoc*

Мысль о взвешивании интересов с учетом фактов конкретного дела пользуется популярностью в конституционном правосудии. Например, Верховный Суд США сформулировал подобный подход в деле, которое касалось расследования парламентского Комитета по антиамериканской деятельности. В соответствии с решением от 8 июня 1959 г. «там, где предусмотренные Первой поправкой [Конституции США⁵] права заявляются для прекращения правительственного расследования, разрешение вопроса всегда предполагает судьейское балансирование конкурирующих частных

⁴ Sweet A.S., Mathews J. Proportionality balancing and global constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. 2008. Vol. 47. № 1. P. 90.

⁵ См.: Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты / под ред. О.А. Жидкова. М., 1993. С. 40.

* Настоящая статья частично основывается на материалах не опубликованной в печати докторской диссертации автора.

и публичных интересов, находящихся под угрозой в представленных конкретных обстоятельствах... Критическим элементом является наличие и значение, которое следует приписать интересам Конгресса в требовании к нежелающему раскрывать информацию свидетелю»⁶. В данном случае суд подчеркивает необходимость взвешивания интересов с учетом фактических обстоятельств, а также указывает на зависимость этого приема от важности публичного интереса.

Идея о конкретизации судьейского взвешивания ясно выражена Конституционным Судом ЮАР в деле о смертной казни⁷. В решении от 6 июня 1995 г. подчеркивалось, что «разные права имеют разное значение для демократии, а в случае нашей Конституции — для “открытого и демократического общества, основанного на свободе и равенстве”, означает, что не существует абсолютного стандарта... Принципы могут быть установлены, но применение этих принципов к конкретным обстоятельствам может осуществляться только в каждом конкретном случае. Это заложено в требовании соразмерности, которое предполагает балансирование различных интересов» (п. 104). Южноафриканские судьи подчеркивают важность затрагиваемых прав. Право на жизнь, несомненно, относится к числу ключевых конституционных ценностей. Обращается внимание и на значимость демократических процедур при принятии обжалуемой нормы.

Балансирование частных и публичных интересов в российском конституционном правосудии также осуществляется с учетом обстоятельств конкретного дела. Примером служит дело, которое касалось проблемы депортации из страны ВИЧ-инфицированных иностранцев, состоящих в браке с гражданами России. В Определении от 4 июня 2013 г. № 902-О Конституционный Суд РФ рекомендовал принимать решения о депортации «исходя из гуманитарных соображений — с учетом всех фактических обстоятельств конкретного дела (семейного положения, состояния здоровья и др.). Суды общей юрисдикции при проверке [этих административных] решений... не вправе ограничиваться установлением только формальных оснований применения норм законодательства и должны исследовать и оценивать наличие реально существующих обстоятельств, служащих основанием признания таких решений необходимыми и соразмерными»⁸. Конституционный Суд РФ первоначально не стал нуллифицировать обжалуемые законоположения, ограничившись приемом выявления его конституционного смысла. Позиция

о желательности *ad hoc* балансирования является устоявшейся в российском конституционном правосудии⁹.

Конкретизация требования баланса интересов в практике Конституционного Суда РФ чаще всего сводится к рекомендациям в адрес административных органов и судов по осуществлению *ad hoc* согласования конституционных прав с публичными интересами. Вместе с тем такой подход следует распространить и на само конституционное судопроизводство.

3. Абстрактное vs конкретное судейское балансирование

Проверка соразмерности *ad hoc* кажется привлекательной. Судейское балансирование обеспечивает индивидуальную справедливость и способно устранять недостатки законодательного регулирования конституционных прав. В этой связи решения требует проблема соотношения абстрактной и конкретной проверки соблюдения требования баланса интересов.

Любые законодательные нормы действуют на неограниченное число случаев и круг лиц. Представительные органы власти, будучи в прямом смысле далекими от реальных правовых споров, неизбежно упускают из внимания особенности отдельных субъектов или нетипичность конкретных ситуаций. Правоприменительная практика всегда разнообразнее абстрактных правил. Проверка законодательного прогноза социальных последствий от вмешательства в конституционные права зачастую оказывается неэффективной. «Политические» органы пользуются широкой свободой усмотрения в осуществлении стратегического планирования. Тем не менее непредвиденные для законодателя обстоятельства должны нивелироваться с учетом обстоятельств конкретного дела. В этой связи в германской доктрине соразмерность определяется в качестве принципа, корректирующего индивидуальные дела [от нем. *Einzelfallkorrektiv*]¹⁰.

Однако судебное балансирование *ad hoc* также не лишено недостатков. Вряд ли возможна единая формализованная модель взвешивания интересов, которую можно механически применять ко всем категориям разрешаемых дел. «Весьма сомнительно, — справедливо полагает Йонас Кристофферсен [Jonas Christoffersen], — что когда-либо будет разработан какой-либо заранее установленный метод проверки соразмерности. Принцип соразмерности определяет толкование и применение международного и национального права

⁶ United States Supreme Court, decided June 8, 1959, No. 35 “Barenblatt v. United States” // United States Supreme Court Reports. 1959. Vol. 360. P. 109, 126.

⁷ The Constitutional Court of South Africa, 6 June 1995, № CCT/3/94 “S. v. Makwanyane and another” // Butterworths Constitutional Law Reports [BCLR]. 1995. Vol. 6. P. 665.

⁸ URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision133667.pdf> (дата обращения: 01.12.2022).

⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ: от 24 марта 2015 г. № 5-П // СЗ РФ. 2015. № 14. Ст. 2197; от 29 ноября 2016 г. № 26-П // СЗ РФ. 2016. № 50. Ст. 7169; от 24 июля 2020 г. № 40-П // СЗ РФ. 2020. № 32. Ст. 5362.

¹⁰ Ress G. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht // Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen / hrsg. H. Kutscher, G. Ress u.a. (Mitverf.). Heidelberg, 1985. S. 5.

в огромном количестве сфер достаточно многообразных и чрезвычайно сложных отраслей, и нелогично думать, что... судебная защита прав может быть сведена к простой формуле, которая смогла бы применяться для решения каждой из них и любой разновидности споров»¹¹. Можно согласиться также с критикой приема инцидентного балансирования (case-by-case balancing) с точки зрения его несоответствия «одной из основных целей права, а именно обеспечения предсказуемой непротиворечивости [англ. predictable consistency], которая позволяет гражданам и органам планировать свое будущее поведение»¹². В отличие от формулирования нормативной иерархии ценностей, установление равновесия интересов в конкретном деле может негативно сказываться на единообразии судебной практики. В России перспектива широкого использования ad hoc балансирования интересов осложняется игнорированием вопросов установления фактов в конституционном судопроизводстве. Ad hoc балансирование в конституционном правосудии нередко предполагает переоценку фактов, уже установленных ординарными судами.

Эти недостатки может преодолеть смешанная (абстрактно-конкретная) модель судебского взвешивания. Ее суть состоит в сочетании формальной определенности (за счет установления системы факторов, влияющих на интенсивность судебного контроля) и учета конституционными судьями обстоятельств конкретного спора. С одной стороны, исключаются излишний формализм и схематичность конституционного контроля соразмерности, а с другой стороны, сохраняется гибкость процедуры взвешивания в зависимости от разного веса конкретного фактора. Выражением такой смешанной модели выступает доктрина интенсивности конституционного контроля (от англ. — intensity of judicial review)¹³.

4. Интенсивность судебного контроля в сравнительной перспективе

В наиболее широком смысле эта доктрина заключается в переходе исходя из ряда факторов дела от методологии судебского самоограничения (от англ. judicial self-restraint¹⁴) к более тщательной проверке оспариваемых актов, включая прием судебского активизма (от англ. judicial activism¹⁵),

и наоборот. Идея интенсивности конституционного контроля получает распространение как в англосаксонской, так и в континентальной правовой традиции.

Англосаксонская традиция

В практике Верховного Суда США во времена «Нового курса» Ф.Д. Рузвельта начинает выделяться несколько уровней тщательности проверки оспариваемых актов. Эта эпоха была связана с расширением государственного вмешательства в различные сферы жизни общества. Верховный Суд США указал на некоторые предметные области и ситуации, в которых следует усилить конституционный контроль за государственными мерами (например, при дискриминации уязвимых социальных групп)¹⁶. В целом «уровень тщательности проверки представляет собой инструкцию по балансированию. Он дает судам данные о том, как осуществить взвешивание на конституционных весах при оценке конкретных законов. В областях, где существуют основания для значительного подозрения органов власти или затронут конституционное право, государство должно быть подвергнуто тяжелому бремени проверки исходя из уровня тщательности. Однако в сферах, где признается уважение к законодательной власти, государство будет нести минимальное бремя такой проверки»¹⁷. В американской доктрине обычно различается три уровня проверки: проверка рационального основания (от англ. a test of rational basis), проверка срединной тщательности (от англ. intermediate scrutiny) и тщательная проверка (от англ. strict scrutiny).

В общем праве можно обнаружить подробное описание факторов, которые влияют на интенсивность судебного контроля. Так, в решении Верховного Суда Соединенного Королевства от 22 февраля 2002 г., которое касалось мер по борьбе с незаконной миграцией¹⁸, были выделены четыре фактора: 1) большая почтительность должна предоставляться акту парламента, а не административному решению; 2) меньшая почтительность требуется в отношении прав без эксплицитных ограничений, что учитывает их большую важность; 3) большую почтительность предполагают вопросы, входящие в исключительную компетенцию государственных органов, а меньшую — вопросы, относящиеся к ведению судов, включая поддержание верховенства права; 4) большая или меньшая почтительность зависит от того, способен ли вопрос находиться в рамках экспертной оценки политических органов (например, макроэкономическая политика) или су-

¹¹ Christoffersen J. Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. Leiden, 2009. P. 33.

¹² Beschle D.L. Kant's Categorical Imperative: An Unspoken Factor in Constitutional Rights Balancing // Pepperdine Law Review. 2003. Vol. 31. № 4. P. 961.

¹³ См.: Rivers J. Proportionality and Variable Intensity of Review // The Cambridge Law Journal. 2006. Vol. 65. № 1. P. 174–207; Craig P.P. Varying Intensity of Judicial Review: A Conceptual Analysis // Public Law. 2022. P. 442–462.

¹⁴ См.: Posner R.A. The rise and fall of judicial self-restraint // California Law Review. 2012. Vol. 100. № 3. P. 519–556.

¹⁵ См.: Kmiec K.D. The origin and current meanings of judicial activism // California Law Review. 2004. Vol. 92. № 5. P. 1441–1478.

¹⁶ United States Supreme Court, decided April 25, 1938 “United States v. Carolene Products Co.” // United States Supreme Court Reports. 1938. Vol. 304. P. 144.

¹⁷ Chemerinsky E. Constitutional law: principles and policies. New York, 2006. P. 539.

¹⁸ См.: Court of Appeal (Civil Division), 22 February 2002 Case No: 2002/0014 “International Transport Roth GmbH & Ors v Secretary of State For the Home Department” // Weekly Law Reports [WLR]. 2002. Vol. 3. P. 344.

дов (к примеру, защита прав человека) (п. 83–87)¹⁹. Следовательно, интенсивность судебного контроля зависит от статуса органа во властной иерархии, важности затрагиваемого конституционного права, отнесения предмета спора к прерогативам конкретного органа, а также от возможностей экспертной оценки фактических обстоятельств.

Континентальная традиция

Для континентального права также не чужды идеи разной интенсивности судебного контроля. В публичном праве Франции различают три основные формы такого контроля. Во-первых, выделяется минимальный или ограниченный контроль (от фр. *contrôle minimum*; *contrôle restreint*). Применяя такую интенсивность контроля, суды обычно отказываются устанавливать факты в связи с наличием у регулятора экспертной оценки (экономика, строительство, экология, безопасность и внешняя политика). Во-вторых, при использовании нормального контроля (от фр. *contrôle normale*) фактические обстоятельства оцениваются судьями лишь при неточной квалификации или неразумности оспариваемого решения. В-третьих, максимальный контроль (от фр. — *contrôle maximum*) предполагает полную оценку соразмерности принятых мер, в том числе использование приема экономического анализа выгод и издержек (например, по вопросам планирования территорий)²⁰. Отсюда изменение интенсивности судебного контроля может зависеть от сложности установления фактов дела, добросовестности регулятора в нормотворческих процедурах и т.д. Кроме того, максимальный контроль предполагает использование «продвинутой» судебной методологии, включая экономический анализ права. Такая тщательность в рамках минимальной интенсивности судебного контроля может не потребоваться.

Мысль о разной интенсивности конституционного контроля выражена в германском праве. Уже в ранней практике Федерального конституционного суда обоснована зависимость интенсивности конституционного контроля от ряда обстоятельств. Согласно решению от 7 апреля 1964 г. «чем больше посредством законодательного вмешательства затрагиваются важнейшие формы проявления человеческой свободы, тем тщательнее при проверке нужно взвешивать выдвигаемые доводы против основополагающего притязания гражданина на свободу»²¹. Таким образом, интенсивность конституционного контроля зависит как минимум от следующих факторов: 1) важности затрагиваемого конституционного права, 2) тя-

жести избранного законодателем вмешательства и 3) значимости публичной цели.

На основании такой судебной практики была разработана известная формула веса Р. Алекси²². Главный ее смысл состоит в определении зависимости между интенсивностью вмешательства в конституционное право и значимостью противостоящего ему публичного интереса или другого права. Более подробно вопрос об интенсивности судебного контроля был проанализирован одним из учеников немецкого философа права. Матиас Клаат [Matthias Klatt] попытался связать модели интенсивности судебного контроля (слабую, сильную и промежуточные), встречающиеся в разных юрисдикциях, с процедурой взвешивания интересов (на примере социальных прав). Немецкий ученый выдвинул интересный аргумент о том, что «выбор между этими тремя степенями судебской сдержанности не следует делать абстрактно, раз и навсегда, в рамках данной правовой системы. Напротив, в каждом конкретном случае необходимо выбирать правильную интенсивность контроля в зависимости от фактических и нормативных обстоятельств»²³. По мнению профессора Грацкого университета (Австрия), на интенсивность судебного контроля соразмерности влияют пять факторов: 1) качество законодательного решения; 2) его научная обоснованность; 3) демократическая легитимность; 4) важность интересов; 5) специфическая функция компетенции судов и законодателя²⁴. Предлагаемый список сам автор не считает исчерпывающим, да и вряд ли его можно жестко зафиксировать. На уточнение набора этих факторов может влиять специфика национальной правовой традиции, политического режима, модели конституционного правосудия и т.п.

Российские подходы

В России интенсивность конституционного контроля как комплексная концепция практически не исследована. Российские ученые обратили внимание лишь на крайние позиции в этой теме — самоограничение (разумная сдержанность)²⁵ или активизм в конституционном правосудии²⁶. Причем судебский активизм нередко критикуется, а самоограничение Конституционного Суда РФ считается единственным вариантом юридической методологии.

¹⁹ Ibid. Laws L.J. (Dissenting).

²⁰ Legrand A. Le droit public. Droit constitutionnel. Droit administratif. Finances publiques. Institutions européennes / A.Legrand, C.Wiener. Paris, 2017. P. 149–150.

²¹ Beschluß des Ersten Senats vom 7. April 1964, 1 BvL 12/63 [Mittfahrzentrale] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1965. Bd. 17. S. 306, 314.

²² См.: Алекси Р. Формула веса // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 208–228.

²³ Klatt M. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance // International Journal of Constitutional Law. 2015. Vol. 13. № 2. P. 363.

²⁴ Ibid. P. 367–372.

²⁵ Джавакян Г.З. Принцип разумной сдержанности в конституционном правосудии: самоограничение или самоустрашение? // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 6. С. 54–61.

²⁶ Белов С.А. Ценностное обоснование решений как проявление судебного активизма Конституционного Суда Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 140–150.

Показательна критическая точка зрения А.С. Карцова по поводу активизма органов международного правосудия²⁷. Однако, если отсутствие абсолютной (полной) академической нейтральности в работах этого советника Конституционного Суда РФ можно объяснить его исследовательскими интересами, которые находятся в области идеологии консерватизма²⁸, то вряд ли взвешенным с точки зрения принципов идеологического многообразия и независимости судей (ст. 14, ч. 1 ст. 120 Конституции РФ) можно, без каких-либо оговорок, считать аналогичный подход в официальном документе, который посвящен методологии конституционного правосудия²⁹. Так, в нем подчеркивается следующее: «...особенности компетенции Конституционного Суда, его место в системе сдержек и противовесов как высшего судебного органа конституционного контроля обуславливают особую роль самоограничения и сдержанности в деятельности Конституционного Суда. Соблюдение конституционной сдержанности в данном аспекте важно еще и потому, что конституционные суды часто призваны к принятию решений по наиболее острым проблемам, лежащим на границе юридического и политического, по которым у общества не сформировалось консолидированного мнения» (п. 2.1). Кроме того, этот прием, «способствуя сосредоточению Суда на разрешении вопросов права, а не факта (целесообразности), нынешняя редакция базового закона³⁰ благоприятствует следованию принципа конституционной сдержанности» (п. 2.1). Отмеченное преимущественное признание одной из крайних позиций в вопросе интенсивности конституционного контроля представляется достаточно polemическим.

Думается, что такой уклон в юридической методологии расходится с буквальным смыслом упомянутого базового закона. В соответствии с ч. 3 ст. 11, ч. 2–3 ст. 29 судьи Конституционного Суда РФ не могут «принадлежать к политическим партиям», а «в своей деятельности... не представляют каких бы то ни было... политических партий и движений... Решения и другие акты Конституционного Суда РФ выражают соответствующую Конституции РФ правовую позицию судей, свободную от политических пристрастий». Императивное же следование в конституционном судопроизводстве исключительно идеологии сдержанности, конечно,

а priori означало бы зависимость от таких пристрастий.

Аналогичным образом следует отнестись критически к игнорированию вопросов факта и их отождествлению с целесообразностью. Общеизвестно, что Конституционный Суд РФ должен воздерживаться от установления и исследования фактов, только «когда это входит в компетенцию других судов или иных органов» (ч. 4 ст. 3 базового закона). Применение общих правил к фактам разрешаемого дела — это неотъемлемая черта деятельности любого юрисдикционного органа. В соответствии с правовой позицией самого Конституционного Суда РФ «...отправление правосудия является особым видом осуществления государственной власти. Применяя общее правовое предписание (норму права) к конкретным обстоятельствам дела, судья дает собственное толкование нормы, принимает решение в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения...»³¹. В противном случае, не исследуя вообще фактических обстоятельств, Конституционный Суд РФ лишился бы качества органа правосудия. Сейчас внимание к фактическим обстоятельствам конкретного дела даже должно быть повышено, исходя из идеи субсидиарности конституционного судопроизводства и в связи с непосредственным признанием в Конституции РФ правила об исчерпании обычных средств судебной защиты (п. «а» ч. 4 ст. 125). По сравнению с ординарными судами в конституционном правосудии чаще исследуются так называемые законодательные факты (от англ. legislative facts³²), которые обосновывали принятие проверяемого регуляторного решения. Этот феномен уже получил освещение в отечественной конституционной доктрине³³. К таким фактам относятся статистическая информация, технические данные, экспертные оценки и т.д. В уже цитируемом документе о методологии конституционного правосудия изучение законодательных фактов судьями прямо признается: «На элементы социолого-правового метода указывают статистические данные, приводимые иногда в решениях Конституционного Суда, демонстрация разрывов между нормативным регулированием и складывающейся судебной практикой, указания на эмпирические данные, свидетельствующие о противоречивости правоприменения и т.д.» (п. 2.3.4).

Характерным примером оценки таких фактов служит дело о повышенной административной

²⁷ См.: Карцов А.С. О феномене судейского активизма // Гражданин. Выборы. Власть. 2016. № 4. С. 105–107.

²⁸ См.: Карцов А.С. Правовая идеология русского консерватизма (II пол. XIX — нач. XX вв.) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. 37 с.

²⁹ См.: Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации) : одобрено решением от 19 октября 2021 г. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf> (дата обращения: 01.12.2022).

³⁰ Имеется в виду Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (в ред. от 1 июля 2021 г.) «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее — базовый закон) // СЗ РФ. РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

³¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. № 1-П // СЗ РФ. 2001. № 7. Ст. 700.

³² Woolhandler A. Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts // Vanderbilt Law Review. 1988. Vol. 41. № 1. P. 111–126.

³³ См.: Блохин П.Д. О спорных моментах в понимании института *amicus curiae* и его возможного облика в российском конституционном судопроизводстве // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1. С. 133 ; Чирнинов А. Нельзя объять необъятное: предмет доказывания в конституционном судебном процессе (на примере России и США) // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 3. С. 96.

ответственности в Москве и Санкт-Петербурге в сравнении с другими регионами³⁴. Решающим моментом для признания конституционности оспариваемых норм были фактические и статистические данные об этих городах федерального значения. Среди прочего было подчеркнута, что оба города «являются крупнейшими (как по размерам, так и по численности населения) общенациональными центрами экономической, политической, образовательной и иной социальной активности и одновременно — крупнейшими транспортными узлами, соединяющими различные регионы страны и мира, чем объективно предопределяются более сложные условия дорожного движения, а также повышенный уровень угроз его безопасности». Тем самым установление фактических обстоятельств является неотъемлемым элементом процессуальной формы осуществления конституционного судопроизводства, что не позволяет использовать исключительно минимальные формы интенсивности конституционного контроля.

Наряду с преобладанием приема разумной сдержанности отдельные судьи обращали внимание на методологию активизма. Исходя из особого мнения Г.А. Гаджиева, сформулированного к Постановлению от 27 марта 2012 г. № 8-П³⁵, «зал суда, в отличие от трибуны парламента, не должен становиться местом для политического волеизъявления. В крайнем случае подобный судебный активизм (Judicial activism), граничащий с правотворчеством, может быть оправдан в кризисных ситуациях, требующих возможно быстрого решения особенно острых задач, например в условиях борьбы с терроризмом, глубокой экономической депрессии и т.д.»³⁶. Хотя конституционный судья не согласился с применением этого метода в рассматриваемом деле, им были определены условия, когда его использование будет оправданно.

На примере одной из таких острых задач можно продемонстрировать реализацию идеи изменения интенсивности конституционного контроля в России. После изначальной сдержанной позиции по вопросу о запрете смертной казни в Постановлении от 2 февраля 1999 г. № 3-П³⁷ десятилетие спустя Конституционный Суд РФ использовал прием активизма в связи с длительным бездействием федерального парламента. В Определении от 9 ноября 2009 г. № 1344-О-Р был обоснован переход от минимальной к более высокой интенсивности конституционного контроля: «Имея основания полагать, что данный вопрос [о запрете смертной казни] разрешится в разумные сроки, по крайней мере не превышающие сроки формирования судов с участием присяжных заседателей на всей терри-

тории Российской Федерации, Конституционный Суд РФ, следуя предмету рассмотрения, проявил разумную сдержанность в отражении этого обстоятельства в тексте Постановления»³⁸. Следовательно, при сомнениях в добросовестности законодателя интенсивность конституционного контроля может изменяться. В связи с длительным существованием пробела в правотворчестве вместо самоограничения используется прием судейского активизма. Важной предпосылкой изменения интенсивности конституционного контроля в этом деле выступали международные обязательства России. Показательно, что в недавнем выступлении Председателя Конституционного Суда РФ было подтверждено использование методологии судейского активизма по вопросу об отмене смертной казни в России даже в условиях выхода из Совета Европы³⁹.

Конституционный Суд РФ меняет интенсивность конституционного контроля не только по отношению к актам правотворческих органов. Косвенно тщательность конституционного контроля зависит от соблюдения решений Конституционного Суда РФ правоприменителями. В отношении уже упомянутой проблемы выдачи ВИЧ-инфицированных иностранцев была сформулирована общая позиция о возможном изменении интенсивности конституционного контроля. В соответствии с Постановлением от 12 марта 2015 г. № 4-П «применительно к случаям, когда та или иная норма была признана в решениях Конституционного Суда РФ не противоречащей Конституции РФ при условии ее истолкования и применения исключительно в выявленном конституционно-правовом смысле, в судебной практике должно обеспечиваться конституционное истолкование действующего права; однако, если такая норма продолжает... использоваться в правоприменительной практике в интерпретации, расходящейся с ее конституционно-правовым смыслом, Конституционный Суд РФ вправе признать такую норму — с учетом смысла, придаваемого ей официальным или иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой, — не соответствующей Конституции РФ»⁴⁰. Следовательно, если в правоприменительной практике не обеспечивается конституционно-правовое истолкование законодательства, Конституционный Суд РФ может применить более интенсивную форму реагирования на законодательные акты. Вместо конституционно согласованного толкования оспариваемое законоположение будет нуллифицировано.

³⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2014 г. № 13-П // СЗ РФ. 2014. № 18 (ч. IV). Ст. 2288.

³⁵ СЗ РФ. 2012. № 15. Ст. 1810.

³⁶ Вестник Конституционного Суда РФ. 2012. № 3.

³⁷ СЗ РФ. 1999. № 6. Ст. 867.

³⁸ СЗ РФ. 2009. № 48. Ст. 5867.

³⁹ См.: Зорькин В.Д. Судебная власть перед вызовами времени. Тезисы доклада на X Съезде судей (Москва, 29 ноября 2022 г.). URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=93> (дата обращения: 01.12.2022).

⁴⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 12 марта 2015 г. № 4-П // СЗ РФ. 2015. № 12. Ст. 1801.

Выводы

Практика конституционного правосудия допускает возможность отхода от приема самоограничения к более активной судебской методологии. В целом следует различать минимальную, умеренную и максимальную интенсивность конституционного контроля.

Автором обосновывается абстрактно-конкретная модель балансирования. С одной стороны, можно выделить систему факторов, влияющих на интенсивность конституционного контроля: 1) важность взвешиваемых прав и интересов; 2) уязвимость частного лица; 3) серьезность вмешательства в конституционное право; 4) предмет спора, включая его отнесение к чисто политическим или юстициабельным вопросам; 5) статус органа, принявшего обжалуемый акт, во властной иерархии; 6) учет исторического и социального контекста; 7) добросовестность в правотворчестве, в том числе соблюдение должной процедуры и качество обоснования законопроекта; 8) необходимость бюджетного финансирования; 9) установление фактов и бремя доказывания. Тем самым обеспечивается формальная определенность и предсказуемость судебного балансирования.

С другой стороны, учет веса конкретного фактора должен зависеть от обстоятельств конституционного спора. Такой подход обеспечивает судебское усмотрение при выборе и придании веса конкретному фактору в процессе балансирования конфликтующих интересов.

Литература

1. Алекси Р. Формула веса / Р. Алекси // Российский ежегодник теории права. 2011. № 3-2010. С. 208–228.
2. Белов С.А. Ценностное обоснование решений как проявление судебного активизма Конституционного Суда Российской Федерации / С.А. Белов // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 140–150.
3. Блохин П.Д. О спорных моментах в понимании института *amicus curiae* и его возможного облика в российском конституционном судопроизводстве / П.Д. Блохин // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1. С. 130–143.
4. Витрук Н.В. Юбилейные итоги конституционного правосудия в России (по страницам монографии НС Бондаря «Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия») / Н.В. Витрук // Российское правосудие. 2011. № 5. С. 15–23.
5. Джавакян Г.З. Принцип разумной сдержанности в конституционном правосудии: самоограничение или самоустранение? / Г.З. Джавакян // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 6. С. 54–61.
6. Зорькин В.Д. Судебная власть перед вызовами времени / Зорькин В.Д. // Конституционный Суд Российской Федерации. 2022. 29 ноября.

7. Карцов А.С. О феномене судебного активизма / А.С. Карцов // Гражданин. Выборы. Власть. 2016. № 4. С. 105–107.

8. Карцов А.С. Правовая идеология русского консерватизма : II половина XIX — начало XX веков : автореферат диссертации доктора юридических наук / А.С. Карцов. Москва, 2008. 37 с.

9. Чирнинов А. Нельзя объять необъятное: предмет доказывания в конституционном судебном процессе (на примере России и США) / А. Чирнинов // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 3. С. 91–112.

References

1. Beschle D.L. Kant's Categorical Imperative: An Unspoken Factor in Constitutional Rights Balancing / D.L. Beschle // *Pepperdine Law Review*. 2003. Vol. 31. Iss. 4. P. 949–977.
2. Chemerinsky E. *Constitutional law: principles and policies* / E. Chemerinsky. 3rd ed. New York : Aspen Publishers, 2006. 1328 p.
3. Christoffersen J. *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* / J. Christoffersen. Leiden, Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2009. 668 p.
4. Craig P.P. *Varying Intensity of Judicial Review: A Conceptual Analysis* / P.P. Craig // *Public Law*. 2022. P. 442–462.
5. Jestaedt M. *Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses* / M. Jestaedt // *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy* / ed. M. Klatt. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 152–172.
6. Klatt M. *Positive rights: Who decides? Judicial review in balance* / M. Klatt // *International Journal of Constitutional Law*. 2015. Vol. 13. Iss. 2. P. 354–382.
7. Kmiec K.D. *The origin and current meanings of judicial activism* / K.D. Kmiec // *California Law Review*. 2004. Vol. 92. Iss. 5. P. 1441–1478.
8. Legrand A. *Le droit public. Droit constitutionnel. Droit administratif. Finances publiques. Institutions européennes* / A. Legrand, C. Wiener. Paris : la Documentation française, 2017. 245 p.
9. Posner R.A. *The rise and fall of judicial self-restraint* / R.A. Posner // *California Law Review*. 2012. Vol. 100. Iss. 3. P. 519–556.
10. Ress G. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht* / G. Ress // *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen* / H. Kutscher, G. Ress u.a. Heidelberg : Müller, 1985. S. 5–51.
11. Rivers J. *Proportionality and Variable Intensity of Review* / J. Rivers // *The Cambridge Law Journal*. 2006. Vol. 65. Iss. 1. P. 174–207.
12. Sweet A.S. *Proportionality balancing and global constitutionalism* / A.S. Sweet, J. Mathews // *Columbia Journal of Transnational Law*. 2008. Vol. 47. P. 72–164.
13. Woolhandler A. *Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts* / A. Woolhandler // *Vanderbilt Law Review*. 1988. Vol. 41. Iss. 1. P. 111–126.