

В МИРЕ ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ

Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности?

Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ

Александра Троицкая

Современные конституции закрепляют не только впечатляющие перечни прав, но и возможности их ограничения. В такой ситуации проблемой, требующей обсуждения и решения, является не возможность ограничения прав как таковая, а пределы вводимых ограничений, призванные защитить права от полного их выхолащивания. Многие органы конституционного контроля используют принцип пропорциональности как содержательное требование к ограничениям. В данной статье значение и рамки использования принципа пропорциональности будут рассмотрены в свете установления на уровне конституции пределов прав, характеризующих элементы, не попадающие в сферу защиты конституционных прав, а также логики выделения абсолютных прав, то есть прав, реализация которых не может быть поставлена в зависимость от результатов балансирования их с аналогичными или другими социальными благами. Особое внимание будет уделено вопросу о том, на основе каких соображений могут быть выделены пределы прав и абсолютные права, и действительно ли это происходит независимо от применения принципа пропорциональности.

→ *Принцип пропорциональности; пределы и ограничения прав; абсолютные права; Конституционный Суд РФ*

1. Введение

Многие современные конституции закрепляют достаточно полные каталоги прав человека и гражданина, призванных обеспечить достоинство личности, ее автономию и свободное развитие. Одновременно практически не ставится под сомнение возможность ограничения этих прав в текущей законодательной деятельности: поскольку акты конституционного значения призваны выражать идею свободы и достоинства не для одного человека и не для нескольких, а для всех, они должны предусматривать способы правового реагирования на ситуации коллизий как между правами отдельных лиц, так и между их правами и общим благом. Эта идея выражается либо указанием на возможность ограничения, сопровождающим отдельные права, либо общим положением о допустимости ограничения прав, либо сочетанием обоих подходов¹. В такой ситуации проблемой, требующей об-

суждения и решения, является не возможность ограничения прав как таковая, а пределы вводимых ограничений, призванные защитить права от полного их выхолащивания. Одни только формальные требования установления ограничения², как правило, не предоставляют достаточной защиты; необходимы и содержательные предписания. Соответственно, доктрина и практика сталкиваются с необходимостью разработки и обоснования своего рода «инструментов», применение которых при ограничении прав должно способствовать урегулированию конфликтных ситуаций³.

Органы конституционного контроля многих государств широко используют принцип пропорциональности (балансирования⁴) как способ определения того, были ли основные права ограничены правомерным образом или нарушены в результате неподобающего воздействия. На доктринальном уровне данный принцип сталкивается как с поддержкой, так

и с критикой. Но даже если признать допустимость обращения к взвешиванию различных социальных благ и определения на этой основе приемлемости ограничений прав в некоторых ситуациях, означает ли это, что принцип пропорциональности применим ко всем правам, ко всем содержательным элементам прав, ко всем притязаниям, которые, возможно, и не охватываются сферой защиты того или иного права? Эти и подобные вопросы акцентируют взаимосвязь структуры прав и принципа пропорциональности.

В данной статье значение и рамки использования принципа пропорциональности будут рассмотрены именно в свете установления на уровне конституции *пределов прав*, характеризующих элементы, не попадающие в сферу защиты конституционных прав, а также логики выделения *абсолютных прав*, то есть прав, реализация которых не может быть поставлена в зависимость от результатов балансирования их с аналогичными или другими социальными благами. Особое внимание будет уделено вопросу о том, на основе каких соображений могут быть выделены пределы прав и абсолютные права, и действительно ли это происходит независимо от применения принципа пропорциональности. Поскольку эксплицитные формулировки конституций далеко не всегда содержат однозначные ответы на эти вопросы, следует учитывать практику истолкования этих норм органами конституционного контроля; кроме того, будут рассмотрены некоторые решения Европейского Суда по правам человека, проливающие свет на проблемы установления границ содержания прав, защищаемых Конвенцией 1950 года, и поддержания абсолютной защиты некоторых элементов этих прав. Наконец, приводимые теоретические позиции будут соотнесены с практикой Конституционного Суда Российской Федерации и возможными путями совершенствования его деятельности в части выстраивания более последовательных подходов к проблемам ограничения прав.

2. Предпосылки применения принципа пропорциональности

Принцип пропорциональности, наиболее детальную разработку получивший в Германии, но воспринятый также и в других странах, не только континентальной, но и англо-саксон-

ской правовой системы⁵, в общем виде включает в себя четыре элемента оценки правомерности вводимого ограничения: 1) установление *легитимной цели*, для достижения которой, собственно, было предпринято ограничение, 2) определение *пригодности* ограничения как средства достижения этой цели хотя бы в небольшой степени, и 3) его *необходимости*, то есть отсутствия менее обременительного средства, которое позволило бы в той же степени достичь тех же целей, и, наконец, 4) *пропорциональность в узком смысле*, то есть балансирование ограничиваемого права и цели ограничения⁶. Применяемый в таком виде (хотя и с некоторыми вариациями) принцип пропорциональности широко используется органами конституционного контроля как доминирующая техника разрешения конфликтов, связанных с необходимостью выбора и проведения органами публичной власти определенной политики и вмешательством в основные права человека⁷.

В литературе принцип пропорциональности чаще всего предлагается рассматривать как своего рода структуру⁸, позволяющую провести *оценку* конституционности ограничений, в каждом конкретном случае сделав *выбор* в пользу той или иной ценности (в пользу ограничиваемого права или в пользу блага, для достижения которого ограничение вводится). Многие авторы справедливо указывали на те трудности, которые могут возникать в процессе оценки различных ценностей. С учетом уже имеющихся исследований в рамках данной статьи мы не будем останавливаться на всех замечаниях, адресованных принципу пропорциональности и ставящих под сомнение возможность объективного, а не произвольного его применения⁹, равно как и на аргументах в защиту этого принципа и предложенных приемах, дополняющих структуру принципа пропорциональности и позволяющих строить сопоставление и выбор ценностей на прозрачной и рациональной основе, не претендующей на математическую точность, но позволяющей вводить в процесс обоснования различные соображения, в том числе морального характера¹⁰. Мы сосредоточимся на проблеме, связанной с уходом в рамках принципа пропорциональности от понимания прав как «козырных карт». По мнению отдельных исследователей, это означает

принижение значения прав, которые вместо реальной защиты предоставляют индивидам лишь возможности, «ущелвившие» в результате балансирования с другими ценностями.

Заметим, что, действительно, при всех уточнениях, направленных на оптимизацию производимой в ходе применения принципа пропорциональности оценки, *самый факт оценки* и выбора принцип пропорциональности, конечно, не устраняет. В сущности, он и не претендует на это, поскольку неустранимость оценки — это проблема, возникающая не из-за применения принципа пропорциональности, а в результате 1) неизбежного в обществе возникновения конкуренции¹¹ между различными интересами и 2) особенностей конституционных норм, закрепляющих основные права, как правило, в достаточно общих формулировках, то есть оставляющих «свободу маневра» для разрешения этой конкуренции, но не предлагающих однозначных ответов или предлагающих их очень редко. Иными словами, необходимость проводить оценку, и выбирать, какое именно благо (и в какой степени) в данной ситуации имеет преимущество — это результат того, что конституционные блага рассчитаны на действие для неопределенного круга лиц и в самых разных ситуациях.

Собственно, один из известных исследователей принципа пропорциональности Р.Алекси делал более радикальный шаг и связывал применение этого принципа с особой природой самих прав человека. По его мнению, нормы, закрепляющие эти права, представляют собой не правила (*rules*), но прежде всего принципы (*principles*), означающие, что закрепленные ими блага являются не «козырной картой», имеющей безусловный приоритет, но интерес, который должен быть реализован настолько максимально, насколько это возможно с учетом иных принципов¹². Иными словами, права представляют собой *prima facie* защищаемые принципы, итоговый реальный объем защиты которых, тем не менее, становится ясным только по результатам балансирования с иными принципами.

Если согласиться с таким пониманием положения вещей, логически сложно представить себе иную, помимо принципа пропорциональности и балансирования, структуру, которая одновременно учитывала бы *природу ограничений* прав как *результата конку-*

ренции интересов людей, живущих в организованном определенным образом обществе, но при этом предлагала бы выстраивать пути решения конкуренции без учета одного из конкурирующих интересов. Можно варьировать ответ на вопрос о том, кто должен делать выбор (законодатель или суд), на каких основаниях следует его делать (с приоритетом коллективистских начал или индивидуальных, или некоем их сочетании), рассматривать каждый конкретный случай конкуренции или пытаться создавать «общие правила с множественностью исключений»¹³, но едва ли можно уйти от этой проблемы в принципе.

Поэтому, как представляется, единственный путь, который может быть здесь предложен, — это возвращение «на шаг назад» и уход от самой идеи конфликта либо конкуренции между различными интересами. Опять же, рассуждая логически, здесь возможны два крайних случая: 1) установление пределов прав, позволяющих делать утверждения о том, что конфликта между интересом индивида и иным интересом нет, потому что данный интерес индивида не охватывается сферой защиты права, не является содержательной частью защищаемого права; 2) придание некоторым правам значения абсолютных, то есть не подлежащих ограничению на основе требований принципа пропорциональности, безотносительно того, какие цели противостоят данным правам. Иными словами, это возвращение к вопросам о том, действительно ли конституционные права по своей природе должны охватывать самый широкий круг возможностей и действительно ли никакие права по своей природе не могут считаться «козырными картами».

3. Пределы прав и абсолютные права: каким образом они появляются и что означают?

В литературе уже давно предлагается различать две категории, на основе которых решается вопрос относительно круга возможностей, реализуемых в рамках основного права: прежде чем анализировать допустимость вводимых законодателем *ограничений*, следует установить, действительно ли имело место ограничение права, то есть не находится ли рассматриваемая возможность изначально *за пределами* права¹⁴. Речь может идти о «сфе-

ре действия норм права» и границах свободы, устанавливаемых всем строем конституции¹⁵, объеме права, определяемом на основе толкования его самого (в отличие от ограничения, когда речь идет о балансировании права с иной ценностью)¹⁶, сфере защиты права или его содержании¹⁷, выстраивании различия между спецификацией (*specification*) права и его применением (*application*)¹⁸, но при всех возможных деталях понимания приведенных терминов, для целей данной работы можно выделить категорию установленных конституцией *пределов права*, то есть границ, очерчивающих его изначальное юридическое содержание и означающих, что ряд возможностей, на которые могли бы претендовать индивиды, данным правом не охватываются. Эта категория имеет самое непосредственное отношение к проблемам ограничения прав: с практической точки зрения, если какая-либо возможность в принципе не охватывается основным правом, как оно зафиксировано в конституции, то исключающая ее норма закона не будет означать ограничения и, следовательно, не будет требовать проверки на предмет ее соответствия всем приведенным выше критериям в рамках применения принципа пропорциональности.

В связи с обозначением пределов права возникают определенные вопросы. Прежде всего, следует понимать, *на основе каких соображений* те или иные возможности не получают статуса юридически признанных и, соответственно, защищаемых. Здесь существует риск того, что находящимися за пределами права будут признаны возможности, в отношении которых подразумевается, что они явно не проходят проверку в рамках применения принципа пропорциональности. На этот риск указывают некоторые авторы; они делают это не безосновательно, если учитывать практику некоторых органов конституционного контроля. Например, на основе решения Верховного суда США Нью-Йорк против Фербера¹⁹ распространение порнографических материалов, в которых запечатлены дети, характеризуется как пример действий, не подпадающих под защиту Поправки I к Конституции США; это установление Суда (фиксирующее, по сути, предел свободы слова) в дальнейшем может применяться уже без проведения дополнительного взвешивания²⁰. Тем не менее сам вывод Суда в данном случае был

результатом, скорее, именно взвешивания: в решении указывалось, в частности, на вред, причиняемый детям, в результате использования их для создания таких материалов, распространение которых имеет очень скромную, если не минимальную ценность для науки, искусства или воспитания, и на важность государственного интереса, направленного на борьбу с сексуальной эксплуатацией детей²¹. Установление изначальных пределов права путем сопоставления его с иными интересами и ценностями не представляется безупречным, прежде всего потому, что существует вероятность придания пределам, выявленным по результатам сопоставления с противостоящей ценностью в *конкретных* обстоятельствах, *общего значения*, хотя в действительности, в других обстоятельствах спорная возможность вполне могла быть рассмотрена как охватываемая основным правом. В частности, какое значение в приведенном решении имеет указание на небольшую ценность распространения порнографических материалов, запечатлевших детей? Если бы существовала возможность признания высокой художественной ценности какого-либо материала или использования его в воспитательных целях, означало бы это, что Поправка I охватывает своей защитой его распространение (по крайней мере, *prima facie*)? И соответственно, ситуация с распространением такого «высокохудожественного» или «полезного» произведения все-таки требовала бы нового взвешивания? Иными словами, если уж балансирование различных ценностей проводится, следует проводить его в *каждой* конфликтной ситуации именно по установленным правилам (критериям пропорциональности или взвешивания), а не маскировать под выявление содержательных пределов права; последние же если и должны выявляться, то на основе других *конституционных* соображений²².

Следует заметить, что тексты конституций различных государств дают некоторые основания для установления пределов прав. Здесь можно различать общие установки, применимые ко всем правам²³, и пределы конкретных прав, очерченные теми же статьями, которые регулируют и сами права²⁴. Однако это не снимает всех трудностей. Прежде всего, общие установки формулируются обычно как принципы, то есть идеи, закладываемые в

основу выбора модели правового регулирования²⁵, чаще всего достаточно широкие по своему содержанию и требующие истолкования применительно к конкретному конфликту. Соответственно, здесь будет сохраняться вероятность сопоставления ценности какого-либо элемента права и ценности, стоящей за общим принципом; выявленный таким образом «предел» права в действительности будет опять-таки лишь результатом баланса в конкретной ситуации, требующим нового уточнения применительно к другим случаям; при этом во всех обстоятельствах необходимым остается соблюдение критериев, стоящих за принципом пропорциональности или взвешивания.

Конечно, базовые конструкции, заложенные в эти общие установки и тем более в пределы отдельных прав, могут быть и достаточно конкретными и однозначными настолько, чтобы не оставлять много места для балансирования. Однако здесь нужно различать позитивные и негативные формулировки норм конституции. Поиск пределов в позитивных формулировках может оказаться непростой задачей. Например, если конституция устанавливает, что мужчина и женщина имеют право вступать в брак²⁶, из этого еще не следует с необходимостью вывод, что возможность однополых браков исключена на уровне конституции. Иными словами, однозначно выводить за пределы содержания (сферы защиты) права все возможности, которые не указаны прямо в соответствующей норме, не представляется ни возможным, ни желательным: естественно, никакая норма конституции, устанавливающая право, не перечисляет всех возможностей, составляющих содержание этого права, исчерпывающим образом, и на практике рамки сферы защиты права могут быть сдвинуты «от буквы конституции» в сторону расширения, а не сужения.

Поэтому, по-видимому, наибольший потенциал с точки зрения поиска пределов права представляют собой негативные формулировки конституции, прямо устанавливающие некоторые запреты. Однако и они могут не давать однозначных ответов относительно конституционных пределов права. Например, если в конституции установлен запрет на разжигание расовой, национальной, религиозной розни, то, на первый взгляд, высказывания, направленные именно на разжигание

такой розни, не должны охватываться свободой выражения мнений, а соответствующие запреты, по сути, просто воспроизведенные на уровне закона, не потребуют строгой проверки на предмет их соответствие конституции. Тем не менее очевидно, что на практике возникнут «сумеречные» зоны, связанные с тем, следует ли конкретные высказывания выводить за пределы защиты свободы выражения мнений, — например, если основной их целью было привлечение внимания к какой-то проблеме в рамках общественно значимой дискуссии, а разжигание розни могло стать, так сказать, «побочным» эффектом.

Следовательно, проблема заключается не в том, что рассмотрение возникающих спорных вопросов нельзя было бы вывести на некоторую «нулевую» стадию, то есть более внимательно рассматривать вопрос о том, действительно ли имело место вмешательство в некоторое право, до применения четырех критериев принципа пропорциональности; проблема в том, что если в рамках этой нулевой стадии все равно происходит сопоставление различных ценностей (разных основных прав; основного права и ценности, относящейся к общему благу), то оправданным становится более «щедрым» подход к правам, в рамках которого предлагается самый широкий круг возможностей рассматривать как составную часть права, ограничивая по необходимости некоторые элементы в ходе регулирования, но рассматривая это действие именно как ограничение, требующее проведения полноценного взвешивания²⁷.

Отсюда следует, что идея установленных уже самой конституцией пределов прав, будучи внешне обоснована, требует крайне осторожного отношения. Можно предположить, что конституционные пределы права могут быть *установлены исходя из толкования самого права — истории его появления, целей и формулы закрепления, места в системе других прав, существующих социальных фактов и т.д., то есть соображений, способных пролить свет на содержание права как круг правомочий, защищаемых этим правом*²⁸, однако, если в рамках такого толкования обсуждаются иные (конкурирующие) ценности, желательно было бы иметь больше уверенности в том, что возможность, выносимая за пределы права, действительно не имеет перевеса ни при ка-

ких обстоятельствах; в противном случае не следует уклоняться от применения в явном виде принципа пропорциональности. Характерным примером, демонстрирующим такое взвешенное отношение, является дело, рассмотренное Федеральным конституционным судом Германии в связи с запретом обсуждения тезиса о «фальсификации Холокоста». Проведя разграничение между выражением мнения и изложением фактов (при том, что одно только отнесение высказывания к вопросу фактов не означает его вынесения за сферу действия абзаца 1 статьи 5 Основного закона²⁹), Суд указал, что «защита представления факта перестает действовать только тогда, когда такое представление уже не способно чем-либо помочь конституционно допускаемому формированию мнения. С этой точки зрения, некорректная информация не порождает права, заслуживающего защиты... Таким образом, само по себе утверждение с таким содержанием [отрицание преследования евреев во времена Третьего рейха] не пользуется правом на защиту свободы выражения мнений». По сути, данная позиция отражает идею существования предела основного права, установленного самой конституцией, исходя из смысла этого права и особенностей различных высказываний. Однако в этом же решении Суд сделал и дополнительный шаг с учетом того, что представление факта в данном случае могло оказать воздействие на формирование и высказывание мнения (защищаемого статьей 5 Основного закона и вступившего в данном случае в конфликт с правом на честь и достоинство): рассматриваемый запрет был проанализирован и как ограничение свободы выражения мнения и проверен с точки зрения наличия общего закона, правомерной цели и пропорциональности вмешательства³⁰. Признание того обстоятельства, что в некоторых случаях представление ложного факта может влиять на формирование и обмен мнениями, в данном случае не изменило исхода дела; но применительно к другим обстоятельствам (в которых, например, иные конституционно значимые интересы и ценности не будут затронуты или будут затронуты минимально) возможность распространения конституционной защиты на заведомо или очевидно ложные высказывания может привести к иному, более мягкому, подходу в регулировании.

Другой значимый вопрос, возникающий в связи с самой идеей различать пределы и ограничения прав, касается *эффекта* проведения границ права. Так, Г. Веббером был предложен подход, в соответствии с которым следует отказаться от максимально широкого понимания содержания прав, все равно обесцениваемого тем, что права представляют собой лишь *prima facie* защищаемые принципы и ценности, от которых может мало что остаться в результате балансирования с иными принципами и ценностями, и принять вместо этого идею установления более точного содержания права (определения его границ), но с учетом того, что внутри этих границ никакие возможности не могут быть в дальнейшем ограничены, так что вопрос о пропорциональности вмешательства уже просто не должен возникать³¹. Оставляя в стороне уже обсужденный вопрос о том, на основе каких соображений будут установлены соответствующие границы и действительно ли эта мыслительная операция будет отличаться от процесса сопоставления с иными ценностями, оптимальной структурой для которого на сегодняшний день является принцип пропорциональности (Веббер пишет о том, что установление таких пределов должны быть итогом практического рассуждения, *conclusion of practical reasoning*), следует остановиться подробнее на вопросе о том, действительно ли стоит отказываться от идей, стоящих за принципом пропорциональности, в пользу более узкого, но зато уже нерушимого содержательного наполнения прав.

Как представляется, этот вопрос тесно связан с неоднократно поднимавшейся на практике и в теоретических исследованиях проблемой признания по крайней мере за некоторыми правами характера абсолютных. Здесь необходимо сразу обозначить несколько подходов к самому пониманию категории «абсолютных» прав, разнящихся, в частности, в зависимости от того, идет ли речь о *моральных* правах, или правах признаваемых и защищаемых *юридически*. Так, по мнению Гевюрта, «право является абсолютным, когда оно не может быть преодолено ни в каких обстоятельствах, то есть не может быть затронуто оправданным образом и должно осуществляться без каких бы то ни было исключений»³². С правовой точки зрения абсолютные права в первом приближении призваны про-

тивостоять триумфальному шествию принципа пропорциональности, в том смысле, что вмешательство в них не допускается независимо от наличия легитимной цели и соблюдения требований пропорциональности³³. Иными словами, никакое вмешательство в абсолютное право не является оправданным; любое вмешательство должно быть призвано нарушением³⁴.

Собственно, без дальнейших пояснений из этого видно, что оперирование категорией абсолютных прав является «другой крайностью» по отношению к использованию категории пределов прав. Обе категории фактически выводят определенные возможности из зоны противостояния с другими ценностями. Но если пределы права, показывающие, что не охватывается правом, исключают обращение к принципу пропорциональности, потому что нет ограничения *права*, и означают отказ в защите притязания, то абсолютные права исключают обращение к принципу пропорциональности, потому что невозможно *ограничение* права, и означают максимальную защиту права.

Идея абсолютных прав выглядит привлекательной с различных точек зрения, прежде всего, с точки зрения возвращения к предназначению основных прав. С субъективной точки зрения основные права призваны гарантировать лицу возможность выбора вида и меры поведения, обеспечивающего ему свободу в различных сферах общественной жизни и развития его личности; в этом смысле права показывают, какие действия государства не допустимы, независимо от тех (возможно) выгодных последствий, которые могли бы иметь эти действия³⁵. С точки зрения объективной системы права основные права, обеспечивая свободу личности, призваны предсказуемым образом ограничивать публичную власть в выборе направлений ее деятельности и путей их реализации. И субъективные, и объективные ценности, стоящие за основными правами, на первый взгляд выигрывают в случае абсолютного понимания прав. Это имеет большее значение в свете упомянутых выше критических замечаний, акцентирующих тот факт, что принцип пропорциональности меняет взгляд на юридическую природу прав, сводя их к «принципам», «защищаемым лишь *prima facie* интересам, реальный объем защиты которых всегда зависит от ис-

хода балансирования с противостоящими интересами»³⁶, в то время как права должны были служить защитой индивиду, в том числе на случай противостояния его интересов интересам других индивидов или общества в целом; здесь существует опасность того, что понимание юридической природы прав было изменено таким образом, чтобы соответствовать принципу пропорциональности как основному инструменту разрешения конфликтов ограничения прав, хотя, по-видимому, движение мысли должно быть обратным — подходы к ограничению должны определяться юридической природой прав.

В связи с этим представляется более чем оправданным ставить вопрос о том, что некоторые права *по их значению, по защищаемому ими благу, по тем этическим соображениям, которые стояли за признанием и закреплением этих прав*, должны оставаться нерушимыми. Однако на практике любое обсуждение круга абсолютных прав отличается некоторой сдержанностью. Эту тенденцию можно проследить, начиная с обсуждения норм *jus cogens* в рамках международного права. Так, предлагая к включению в Конвенцию «О праве международных договоров» статью, закрепляющую ничтожность договоров, противоречащих императивной норме общего международного права (*jus cogens*), Комиссия международного права ООН одновременно отметила проблематичность этого подхода с учетом того, что не существует простого критерия для отнесения норм общего международного права к числу императивных. Как указывается в докладе Комиссии, некоторые ее члены предлагали указать в качестве примера императивных отдельные нормы, в том числе нормы, запрещающие геноцид, работорговлю, пиратство, но в итоге был сделан выбор в пользу включения статьи в общем виде, с тем чтобы содержательное наполнение перечня норм *jus cogens* происходило бы в практике государств, а также международных судов³⁷. Это указание оставляло вопрос открытым, хотя в принципе создавало возможности «двустороннего движения» развития системы норм *jus cogens*, в том числе применительно к вопросу о том, запрет вмешательства в какие права представляет собой такую норму, — от развития подходов к определенным конституционным правам как абсолютным в отдельных госу-

дарствах к позициям наднациональных органов и наоборот.

В целом, проблема заключается в том, что абсолютные права, так же как и пределы прав, требуют к себе внимательного отношения, причем не только с практической, но и с теоретической точки зрения. Даже если допустить, что определение круга абсолютных прав будет происходить не на основе замаскированного сопоставления с конкурирующими интересами, а с учетом *иерархии ценностей, заложенных в конституции, и деонтологических соображений, стоящих за этими ценностями*, сам факт столкновения различных интересов в обществе от этого не исчезнет, равно как и необходимость решения многих противоречий при выборе направлений государственной политики, а также конкретных действий в рамках этой политики. Безоговорочная защита абсолютных прав «независимо ни от чего» (*no matter what*) рискует поставить под удар те интересы, которые могли бы быть признаны достойными защиты в процессе взвешивания.

Нельзя забывать и о том, что свобода индивида подразумевает не только свободу от вмешательства в его действия; свобода может требовать также совершения позитивных действий со стороны государства, и это касается прав не только второго, но и первого поколения, таких как право на жизнь, свободу, безопасность и др. Если соответствующие позитивные действия будут сопряжены с вмешательством в абсолютные права, их осуществление может оказаться заблокировано. Конечно, всегда можно сказать, что государство, не имея возможности ограничивать абсолютные права, должно не отказываться от обеспечения других ценностей, а искать иные пути их обеспечения, то есть выполнять свои задачи, не посягая на абсолютные права. Но основной вопрос состоит даже не в том, не слишком ли утопично это звучит (в некоторых случаях это возможно; но если бы это было возможно во всех случаях и проблемы ограничения прав вовсе не возникало бы), а в том, как быть, если в противоречие входят права, каждое из которых имеет статус абсолютного, и чем больше прав попадает в категорию абсолютных, тем выше вероятность их конфликта.

И в случае такого конфликта, при невозможности посягнуть на абсолютные права,

все, что останется делать органам государственной власти, — это устанавливать четкие правила относительно содержания этих абсолютных прав, одновременно выводя некоторые аспекты за пределы защиты права. Эта идея может быть проиллюстрирована судебными решениями, связанными с защитой прав, являющихся, собственно, основными претендентами на статус абсолютных, — права на жизнь и права на достоинство.

Одно из решений было вынесено Европейским Судом по правам человека по крайне непростому делу, ставившему вопрос о допустимости применения пыток к преступнику, от которого необходимо было получить сведения о местонахождении похищенного *им* предположительно еще живого, но находящегося под угрозой гибели ребенка. По заявлению офицера полиции, отдавшего распоряжение применить угрозу физического воздействия (а при недостаточности угрозы — и само физическое воздействие), целью этого решения было спасение ребенка, а не просто продвижение расследования уголовного дела. Тем не менее Европейский Суд указал, что статья 3 Конвенции, которая, по мнению заявителя (самого похитителя), была нарушена, имеет целью запрет ненадлежащего обращения (пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения) безотносительно поведения жертвы или мотивов властей. Такие виды обращения не могут быть задействованы, даже если чья-то жизнь поставлена под угрозу. Отступление недопустимо, даже если под угрозой находится существование нации. Право каждого человеческого существа не подвергаться пыткам, бесчеловечному или унижающему обращению является *абсолютным*, неотчуждаемым правом. «Философская основа, подкрепляющая абсолютный характер права, закрепленного в статье 3, не допускает никаких исключений или оправдывающих факторов, или взвешивания интересов, независимо от поведения затронутого лица и природы правонарушения в деле» (§ 107). Признав, что угроза применить пытки в данном случае представляла собой бесчеловечное обращение с заявителем, Суд пришел к выводу о нарушении обязательств государства по статье 3 Конвенции³⁸.

Как видно из этого решения, запрету пыток, бесчеловечного или унижающего достоинства обращения был придан абсолютный

характер. Ограничение права не подвергаться ненадлежащему обращению (*ill-treatment*) было признано недопустимым с учетом предназначения и философской основы этого права безотносительно конкурирующих ценностей; при этом в решении явным образом не обсуждалось, что на другой чаше весов могло бы быть не только право на жизнь похищенного ребенка, но также и его право не подвергаться ненадлежащему обращению; позитивная обязанность по защите этого права от посягательств со стороны третьих лиц в определенной мере возлагается на государство в рамках статьи 3 Конвенции³⁹. Вопрос возникает именно об этой *мере* — какие именно действия должно совершить государство. Как указывается в литературе, решить этот конфликт можно, отвергнув саму идею конфликта абсолютов: можно предположить, что для государства не существует позитивного обязательства действовать таким образом, который нарушит его негативные обязательства, основанные на абсолютном праве⁴⁰. В данном случае речь идет о том, что для выполнения позитивной обязанности по обеспечению защиты ребенка от бесчеловечного обращения *со стороны третьих лиц*, государство не вправе нарушить *свое* негативное обязательство — не применять самому бесчеловечного обращения. Иными словами, любой человек в рамках своего права на достоинство может претендовать на то, что государство будет защищать его от ненадлежащего обращения, но только до тех пор, пока такая защита не потребует от государства применения ненадлежащего обращения к другим лицам; возможность защиты государством посредством ненадлежащего обращения с другими лицами не охватывается правом на достоинство. Можно представить себе гипотетическую ситуацию, когда полиция не может иными способами быстро получить сведения о местонахождении похищенного лица, кроме как путем применения пыток к похитителю, но отказывается от такого способа, как недопустимого нарушения абсолютно права похитителя; допустим, похищенное лицо претерпевает пытки, пока не оказывается на свободе, и после этого обращается в суд с жалобой на действия представителей государства, которые не применили пытки к похитителю, чтобы ускорить освобождение похищенного и избавить его от пыток. Какое

решение в этом случае должен будет вынести суд, если государство докажет, что все иные разумные и допустимые меры были предприняты, просто не дали такого быстрого результата, какой, возможно, дали бы пытки? По-видимому, в этом случае, было бы признано, что государство не нарушило своих обязательств, потому что *для жертвы преступного применения пыток возможность быть спасенной в результате применения государством пыток к преступникам не охватывается защищаемым правом не подвергаться пыткам*.

Другое дело, которые может быть здесь приведено, — это широко известное дело, рассмотренное Федеральным конституционным судом Германии в связи с законом о безопасности полетов. Одна из норм этого закона позволяла министру обороны принимать решение о сбивании самолета в ситуации, когда имелись основания предполагать, что самолет был захвачен террористами и будет использован как оружие для поражения цели на земле; такое решение могло быть принято, только если все иные способы предотвратить такой теракт (изменить курс самолета, вынудить совершить посадку и т.д.) не дали результата. Суд признал, что данная норма нарушает право на жизнь пассажиров в сочетании (*in conjunction*) с их правом на достоинство, в силу которого человеческое существо не может быть простым объектом действий государства. Из этого решения, по-видимому, следует, что люди, находящиеся на земле, не вправе рассчитывать, что предполагаемая опасность будет отведена от них путем принесения в жертву пассажиров самолета, используемого как оружие; *их* право на жизнь в сочетании с *их* правом на достоинство *не охватывает* подобных действий государства. Напротив, по мнению Суда, борт, на котором находятся только лица, угнавшие его и планирующие использовать его как оружие, может быть сбит, потому что право на достоинство преступников, остающихся субъектами, а не объектами деятельности, причем действующими умышленно и имеющими возможность отказаться от осуществления своих планов, в этом случае *не затрагивается* (*not impaired*). Подчеркнем, что речь шла не о правомерном ограничении права на достоинство террористов, а именно о том, что на него вовсе не осуществляется посягательства,



Рис. 1. Структура права

поскольку право на достоинство по своему содержанию требует отношения к лицу как к субъекту, а не как объекту деятельности, что и будет соблюдено при атаке государства на лиц, использующих самолет как оружие⁴¹.

Из этих примеров видно, что только уточнение пределов содержания абсолютного права (соответствующих негативных и позитивных обязательств государства) и позволяет сохранять его абсолютность, избегая вопроса о допустимости его ограничения в рамках применения принципа пропорциональности. Конечно, можно заметить и риски такого подхода, в числе которых можно назвать: 1) сужение защищаемого содержания права, которое будет происходить и в том случае, если право будет описываться путем перечисления того, что входит в него, и в том случае, если пределы его будут уточняться путем изъятий, то есть перечисления того, что в него не входит; 2) установление содержания права путем введения сложной системы правил, рассчитанных на то, чтобы урегулировать различные возникающие на практике случаи, притом что останется под вопросом, не будут ли эти правила на самом деле результатом скрытого сопоставления ценностей и смогут ли они обеспечить искомую предсказуемость их применения⁴²; 3) оставление без защиты притязаний, которые могли бы основываться на тех же «абсолютных» правах, но требовали положительных действий от государства, заблокированных невозможностью переступить негативные запреты. Но самый главный вопрос, который здесь возникает, связан с неопределенностью того, действительно ли категория абсолютных прав должна

заменить принцип пропорциональности. Абсолютные права предполагают установление дихотомии (рис. 1, а): условно говоря, возможности, охватываемые правом, имеют абсолютную защиту, но то, что не охватывается правом, не подлежит защите вовсе. Возможно, более предпочтительным был бы иной вариант (рис. 1, б), а именно: выделение отдельных притязаний, которые могли бы иметь статус абсолютных, отнесение остальных к числу защищаемых, но допускающих ограничение с соблюдением требований пропорциональности, и, возможно, хотя, как говорилось выше, с осторожностью, выделение также некоторых притязаний, которые правом не должны охватываться.

Это более гибкий подход; он мог бы служить адекватным ответом большему количеству возникающих на практике конфликтных ситуаций. В приведенных выше решениях были поставлены непростые вопросы, и идеи, стоящие за полученными решениями — защита достоинства личности и запрет пыток, — действительно имеют принципиальное значение для современного общества. Не претендуя на то, чтобы оспаривать это значение, приведем только пример, показывающий, что и у критиков указанных выше решений могут найтись аргументы. В частности, заслуживает внимания подход, предложенный М. Куммом, который рассматривал проблему методов получения сведений от похитителя ребенка. По его мнению, использование пыток в таких ситуациях, хотя и нарушает установленный законом и хорошо обоснованный запрет, не нарушает никакого морального права лица, ответственного за создание угрозы для друго-

го человека и отказывающегося добровольно снять эту угрозу. Как справедливо подчеркивает автор, дело здесь не в численном выигрыше: жизнь даже одного ребенка оправдывает обращение к пыткам как к последнему средству воздействия на лицо, которое занималось похищением и оставило ребенка в ненадлежащем положении, поскольку отказ сотрудничать с органами власти в такой ситуации, по сути, представляет собой длящееся нападение на ребенка, — а ведь в случае прямого нападения для его прекращения самое разное обращение, в том числе жестокое, с преступником было бы оправдано; напротив, если речь идет о невиновном лице (например, любимом родственнике похитителя, пытки которого могут оказать на похитителя еще более быстрое воздействие), то применение в отношении его ненадлежащего обращения недопустимо, даже если речь будет идти о большом количестве спасаемых лиц, именно из-за отсутствия связи личной ответственности за создаваемую угрозу⁴³. Таким образом, в рамках предложенной схемы в качестве абсолютного мог бы быть сформулирован запрет пыток лица, не виновного в совершении преступления, ставящего под угрозу жизнь и достоинство других людей; в отношении же лица, чьи действия ставят под угрозу жизнь и достоинство других людей, можно было бы говорить не о том, что в случае сурового обращения с ним его достоинство не затронуто, и не о том, что, будучи затронуто, оно требует абсолютной защиты, а о том, что оно затронуто, но затронуто обоснованно. Соответственно, если принять этот подход, снимающий для конкретной ситуации деонтологические ограничения на применение жестокого обращения, то принятые меры остаются предметом не абсолютного запрета (но и не абсолютного разрешения), а проверки с точки зрения соответствия принципу пропорциональности⁴⁴. Принцип пропорциональности часто связывается с консеквенциализмом; однако, как уже указывалось, в рамках принципа пропорциональности вполне возможно обращение к соображениям не только количественного, но и морального порядка. Естественно, при применении принципа пропорциональности может быть учтено, ради предотвращения и раскрытия какого именно преступления был допущен отход от запрета ненадлежащего обращения⁴⁵, какие именно меры должны быть

предприняты для того, чтобы убедиться, что речь идет именно о преступнике, в чьих силах оказать содействие следствию, какие именно меры могут быть применены к нему и в течение какого времени и т. д.⁴⁶

Повторим еще раз, что здесь мы не имеем в виду выразить поддержку идее допустимости ненадлежащего обращения. Мы видим позицию судебных органов, в том числе национальных, стремящихся рассматривать право не подвергаться пыткам как абсолютное право, а соответствующий запрет — как норму *jus cogens*⁴⁷; вполне можно представить себе, что по результатам дискуссии общество в целом или его представители⁴⁸ все же приходят к выводу, что *запрет пыток, применяемых государством* во всех случаях оказывается тем самым *абсолютным ядром* права на достоинство, которое не может быть нарушено, как говорят, независимо от действий лица. В доктрине существуют исключительно веские аргументы в пользу того, что хотя применение государством своей силы в форме применения сурового обращения, например, к допрашиваемому лицу с целью предотвращения непосредственной и серьезной угрозы жизни и достоинству третьих лиц, к посягательству на которые допрашиваемый причастен, может быть морально оправданно, тем не менее с правовой точки зрения должен сохраняться абсолютный запрет на подобные действия⁴⁹. Тот же подход может быть распространен, например, на запрет смертной казни как элемент права на жизнь, который, будучи однажды установлен (принципиально, или применительно к определенному кругу лиц, например к несовершеннолетним или психически неполноценным), уже оказывается абсолютно защищенным от преодоления по результатам взвешивания с конкурирующими интересами; вероятно, также и на некоторые элементы других прав. Тем не менее представляется возможным настаивать на базовой конструкции, в рамках которой основные права, в том числе право на жизнь и право на достоинство, выигрывают от того, что их содержание будет пониматься расширительно, хотя и будет допускать при этом в некоторых случаях ограничение (при сохранении абсолютными некоторых элементов).

Это может дать положительный эффект для поиска путей решений многих возникающих на практике ситуаций, в том числе си-

туаций, отражающих появление новых групп прав личности. Здесь особенности защиты прав на жизнь и достоинство может быть проиллюстрирована, например, делами, связанными с так называемыми соматическими правами. Так, в одном из известных решений Европейского Суда по правам человека не усмотрел нарушения статьи 3 Конвенции, чьи представители отказались предоставить гарантию освобождения от судебного преследования супруга неизлечимо больной и лишённой возможности двигаться женщины на случай, если он поможет ей уйти из жизни. Поскольку собственная смерть женщины должна была стать очень мучительной для нее, а сама она не могла прекратить свое существование, этот отказ она рассматривала как бесчеловечное и унижающее достоинство обращение. Однако Суд, хотя и признал, что статья 3 Конвенции предполагает ряд не только негативных, но и позитивных обязательств государства, установил, что «позитивное обязательство государства... не заключается в устранении или смягчении вреда путем, например, предупреждения всякого ненадлежащего обращения со стороны государственных органов... Это потребовало бы от государства разрешить действия, направленные на причинение смерти, а такое обязательство нельзя вывести из статьи 3 Конвенции»⁵⁰. По сути, в данном случае было признано, что *притязания заявительницы просто не охватываются защитой статьи 3 Конвенции*; при этом данный вывод сам по себе не был сколько-нибудь тщательно обоснован. Между тем, в науке все чаще ставится вопрос о том, что право на жизнь и право на достоинство включают в себя признание нежелательности сохранения жизни в некоторых ситуациях⁵¹; государство не может просто закрывать глаза на такие ситуации. Конечно, отсюда еще нельзя вывести абсолютного права на смерть, и здесь мы не претендуем на это; отстаиваемая позиция заключается в том, что более гибкий подход *позволил бы по крайней мере не исключать из анализа различные ценности, стоящие за рассматриваемыми правами, и делать выводы об обязательствах государства на основе сопоставления этих ценностей с помощью принципа пропорциональности*. В частности, признав, что в делах об эвтаназии «задействовано» право на достоинство, но не

абсолютизируя его, государство сможет сделать определенные шаги на пути легализации этого института, вместе с тем сохраняя возможность ограничивать его применение.

Это же относится к таким конфликтам, чья сложность для разрешения связана с тем, что в них задействован целый ряд взаимосвязанных прав, в том числе право на достоинство личности. Если данное право в целом понимается как абсолютное, то ссылка на него в конкретных конфликтах будет равносильна использованию «козырной карты», что, по утверждению некоторых авторов, и происходит на практике (и подвергается критике), например, в Германии⁵². Следует ли ограничиваться узким пониманием права на достоинство? Возможно ли обеспечивать абсолютную защиту права на достоинства, трактуемого все шире? Подход, в рамках которого сфера защиты прав понимается достаточно широко, но при этом сами права не рассматриваются как абсолютные, мог бы способствовать *более точной оценке конкурирующих ценностей и более обоснованному выбору в пользу некоторых из них*.

4. Практика Конституционного Суда РФ по делам об ограничении прав: некоторые тенденции

Прежде чем говорить об отдельных аспектах практики Конституционного Суда РФ по делам, связанным с ограничением основных прав (представить в рамках данной статьи все особенности достаточно разнообразной практики не представляется возможным), следует выделить специфику конституционного регулирования таких прав.

Прежде всего, глава 2 Конституции РФ, озаглавленная как «Права и свободы человека и гражданина» содержит развернутый перечень прав, включая личные, политические, социально-экономические и культурные, и предусматривает возможность судебной защиты этих прав (ст. 46), в том числе средствами конституционного правосудия, не делая различий между правами разных поколений. Часть 1 статьи 55 устанавливает дополнительно, что перечисление в Конституции «основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина», что позволяет судить о стремлении соз-

дателей Конституции к закреплению открытого перечня прав, хотя формула о «других общепризнанных правах» вызывает много вопросов. Что же касается возможностей ограничения прав, то, во-первых, некоторые нормы Конституции, признавая право, одновременно закрепляют «перспективу» его ограничения федеральным законом (например, установление случаев проникновения в жилище против воли проживающих в нем лиц (ст. 25) или перечень сведений, составляющих государственную тайну (ст. 29)), а во-вторых, часть 3 статьи 55 Конституции содержит общую норму, согласно которой «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Именно эта норма части 3 статьи 55 Конституции РФ является основной точкой опоры при рассмотрении Конституционным Судом дел по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан. Как видим, здесь содержится указание на формальное требование к ограничению, которое может быть введено федеральным законом, на требование наличия конституционно значимой цели ограничения и, косвенным образом, — на требование соблюдения принципа соразмерности, поскольку именно таким образом понимаются слова «только в той мере, в какой это необходимо».

Вопрос, однако, заключается в том, какое значение имеют эти требования на практике. Форма установления ограничения в каждом конкретном случае обычно не вызывает вопросов, хотя могут возникать споры, в основе которых лежат особенности федеративного устройства Российской Федерации, в частности отнесение защиты прав и свобод человека и гражданина к предметам совместного ведения Федерации и субъектов⁵³ или делегирование полномочий от законодательной ветви власти исполнительной⁵⁴. Что же касается принципа соразмерности, то потенциал заложенной в нем структуры рассмотрения споров в решениях Суда не реализован в последовательном и полном виде. Так, перечисленные в Конституции цели сформулированы столь широко (и не специализированно

по отношению к отдельным правам), что позволяют практически любое ограничение рассматривать как соответствующее какой-либо из них. В целом ряде решений Суда просто подразумевалось, что законодатель преследует именно конституционно значимые цели, без сколько-нибудь детального их анализа⁵⁵. Справедливости ради следует сказать, что в более поздних решениях Суд останавливается на проблеме целей подробнее, но все равно подходит к ним достаточно «щедро», иногда не уделяя особенно много внимания тому, чтобы раскрыть связь этих целей с частью 3 статьи 55 Конституции. Например, в одном из дел была рассмотрена норма Федерального закона «О политических партиях», в соответствии с которыми политическая партия в обязательном порядке должна иметь региональные отделения более чем в половине субъектов Федерации, — иными словами, данная норма подразумевала сохранение в политическом пространстве страны только общенациональных партий. Такое требование было справедливо отнесено к числу ограничений права на объединение в политические партии; конституционно значимыми целями ограничения в данном случае были признаны: формирование в стране реальной многопартийности, правовая институционализация партий в качестве важного фактора становления гражданского общества и стимулирование образование крупных общенациональных партий, а также обеспечение единства страны в современных конкретно-исторических условиях становления демократии и правового государства в России. Проблема здесь даже не в том, что в решении не было уточнено, что данные цели означают защиту основ конституционного строя (принципы правового демократического государства закреплены в статье 1 Конституции, государственной целостности — в статье 5, многопартийности — в статье 13, так что этот шаг не был бы особенно сложен), а в том, что вопрос относительно пригодности, но главное — необходимости соответствующего ограничения с точки зрения достижения обозначенных целей даже не обсуждался.

Кроме того, в этом решении (а также в некоторых других⁵⁶) Суд не уделял внимания тому, что можно было бы отнести если не к скрытым истинным целям законодателя, то, по крайней мере, к явным побочным эффек-

там принимаемых им решений; например, в данном случае не получил должного освещения вопрос о сокращении числа зарегистрированных партий, и последствиях этого сокращения для политической конкуренции на уровне государства в целом или отдельных субъектов РФ; потери для содержания принципа федерализма также не были учтены.

Конечно, недостаточную «отработку» вопроса о целях нельзя признать практикой, не знающей исключений. В частности, Суд неоднократно указывал, что ограничение права не может быть обусловлено лишь целями рациональной организации деятельности органов государственной власти, соответственно, признавая ограничения неправомерными уже на этом этапе⁵⁷. Кроме того, вопрос о соотношении целей и средств ограничения иногда получает более подробное освещение. Например, в деле⁵⁸, в котором большинством был признан не противоречащим Конституции запрет представителям организаций, осуществляющим выпуск СМИ, проводить предвыборную агитацию при осуществлении ими профессиональной деятельности, прозвучали примечательные особые мнения. В одном из них судья Кононов обратил внимание на то, что в заседании в качестве обоснования необходимости исключения СМИ из субъектов предвыборной агитации связывались не с обеспечением свободы выбора, а «с прагматически тривиальной проблемой борьбы с... нелегальной оплатой заказных публикаций... Представляется, что проблема учета оплаченных публикаций *не может служить каким-либо основанием* ограничения конституционных прав и законодатель решил ее явно *негодными средствами*». В другом судья Гаджиев поставил вопрос о том, все ли шесть целей, названных в части 3 статьи 55 Конституции, могут приниматься во внимание для ограничения конкретного конституционного права: «Что-то из этих шести целей *может быть соотносимо* с тем или иным основным правом, а какие-то цели, если их иметь в виду при введении ограничений, могут привести к *уменьшению права*» (выделено мной. — А. Т.). Однако в дальнейшую практику Суда этот подход не вошел.

Собственно, сам принцип соразмерности остается практически не раскрытым, несмотря на то что во многих решениях он был задействован. Суд часто использует пассаж, в

соответствии с которым федеральный законодатель, вводя ограничения, «должен обеспечивать баланс между конституционно-защищаемым ценностями, публичными и частными интересами, соблюдая вытекающие из Конституции Российской Федерации принципы справедливости, равенства и соразмерности, а вводимые им нормы должны отвечать критериям определенности, ясности, недвусмысленности и согласованности с системой действующего правового регулирования; при этом ограничения прав и свобод во всяком случае не должны посягать на само существо права и приводить к утрате его основного содержания»⁵⁹, или указание на то, что «возможные ограничения федеральным законом... должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, пропорциональными, соразмерными, носить общий и абстрактный характер, не иметь обратной силы и не затрагивать существо данных конституционных прав, т. е. не ограничивать пределы и применение соответствующих конституционных норм; сама же возможность ограничений и их характер должны обуславливаться необходимостью защиты конституционно значимых ценностей»⁶⁰. Указанные формулы вмещают в себя в действительности много требований (хотя, по видимому, вопрос о ясности федерального закона следует рассматривать в связи с требованием *формы* ограничения, а не *соразмерности*, принцип равноправия также представляет собой самостоятельное требование, а сюжет относительно неприкосновенности существа права остается раскрыт достаточно поверхностно или не раскрыт вовсе⁶¹), но проблема заключается в несколько хаотичном изложении этих требований, а главное — отсутствии детальной проработки вопроса о соответствии рассматриваемого ограничения каждому из этих требований. При желании мы можем домыслить, что указания на адекватность и необходимость ограничений в данном контексте имеют то же значение, что требования пригодности и необходимости в рамках принятой схемы принципа пропорциональности, а указания на соразмерность и отдельно на пропорциональность следуют различию пропорциональности в широком и узком (*stricto sensu*) смыслах, но в любом случае *отсутствие единой и последовательно применяемой структуры проверки* приводит к проявлению именно тех

рисков, на которые часто указывают критики принципа пропорциональности. В частности, Суд чаще констатирует, нежели демонстрирует соразмерность или несоразмерность ограничения, а «излюбленный прием «нахождения баланса» частных и публичных интересов... всегда почему-то приводит к предпочтению именно публично-государственных мотивов»⁶². Конституционный Суд РФ с очевидностью знаком с теорией пропорциональности и практикой его применения иными судами; в его решениях этот подход никогда явным образом не был отринут, и альтернативы ему не было предложено; напротив, само требование соразмерности является ключевым при рассмотрении споров, связанных с ограничениями прав; в этой ситуации возникает и пока остается без ответа вопрос, почему критерии, используемые в рамках принципа пропорциональности, восприняты столь отрывочно и применяются не вполне последовательно.

Что касается категории пределов права как возможной дополнительной (точнее, самой первой) ступени рассмотрения вопроса о вмешательстве в право, следует признать, что Конституция РФ дает некоторые основания для ее использования. Отдельные ее формулы, закрепляющие права, позволяют говорить о конституционных пределах этих прав. Например, в соответствии со статьей 31 граждане Российской Федерации имеют право собираться «мирно, без оружия»; закрепленное в статье 34 право заниматься предпринимательской и иной экономической деятельностью сопровождается запретом экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию; и др. В нормах Конституции могут быть обнаружены пределы прав, установленные по кругу не только правомочий, но и субъектов («граждане», «каждый, кто законно находится на территории Российской Федерации», «малоимущие лица») и объектов («материнство», «детство», «семья») прав. Конструкция запрета злоупотребления правами части 3 статьи 17 («Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц») при всех сложностях ее толкования также может рассматриваться как некий обобщенный предел осуществления прав.

При этом в практике Конституционного Суда можно обнаружить разные подходы к

вопросу о пределах прав. Один из них может быть условно обозначен как «ограничительный». Например, Суд отказал в рассмотрении жалобы на признание государством только официально зарегистрированных браков, отметив, что, поскольку Конституция РФ не содержит понятия брака и его правовой охраны, а правовое регулирование брачных отношений в России осуществляется только государством, в настоящее время не признающим незарегистрированный брак, «отсутствует нормативная основа для решения Конституционным Судом Российской Федерации вопросов, поставленных заявительницей, и ее жалоба является беспредметной»⁶³. Похожим образом, Суд не нашел оснований для принятия к рассмотрению жалобы на неконституционность нормы Семейного кодекса РФ, допускающей регистрацию брака только при добровольном согласии *мужчины и женщины* и не допускающей тем самым регистрации брака между лицами одного пола. Указав, что семье в Российской Федерации обеспечивается государственная защита и поддержка, Суд уточнил, что «и Конституция [РФ], и международные правовые нормы исходят из того, что одно из предназначений семьи — рождение и воспитание детей» и что «ни из Конституции [РФ], ни из принятых на себя Российской Федерацией международно-правовых обязательств не вытекает обязанность государства по созданию условий для пропаганды, поддержки и признания союзов лиц одного пола, при том что само по себе отсутствие такой регистрации никак не влияет на уровень признания и гарантий в Российской Федерации прав и свобод заявителя как человека и гражданина»⁶⁴.

Вместе с тем нельзя сказать, что Конституционный Суд в своей практике «злоупотреблял» буквальным прочтением Конституции; в ряде случаев он выводил права, не зафиксированные напрямую, из ряда статей основного закона. Позиция, которая может быть условно обозначена как «расширительная», была продемонстрирована, например, в уже упомянутых делах, где фигурировало право на объединение в политические партии — данное право не зафиксировано в Конституции РФ непосредственно, но было выведено из статей 13 (признание политического многообразия) и 30 (право на объединение). Аналогичным образом, на основе норм о сво-

боде совести (ст. 28) и праве на объединение было выведено право на создание религиозных объединений⁶⁵. Заметим, что даже указание на предел права, на первый взгляд вполне однозначный, через установление субъекта данного права, не всегда означало для Суда требование «узкого» прочтения соответствующей нормы. Это подтверждается делом, связанным с жалобой на неконституционность отдельных положений еще Закона СССР 1981 года о правовом положении иностранных граждан. Заявителем по данному делу было лицо без гражданства; несмотря на то что в соответствии с частью 4 статьи 125 Конституции Суд проверяет конституционность законов по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод *граждан*, в данном деле он подошел к вопросу о приемлемости жалобы не формально, приняв во внимание статьи 46 («*Каждому* гарантируется судебная защита его прав и свобод»), 17 («Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат *каждому* от рождения»), 62 («Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности *наравне* с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральными законами или международным договором Российской Федерации») Конституции и указав в итоге, что «возможность защиты прав и свобод посредством конституционного правосудия должна быть обеспечена каждому, в том числе иностранным гражданам и лицам без гражданства, если законом нарушены их права и свободы, гарантированные Конституцией»⁶⁶. Такой расширительный подход выглядит оправданным не только с логической точки зрения, но и с учетом приведенного выше положения части 1 статьи 55 Конституции.

Тем более сильные сомнения внушает одно из ярких постановлений Суда, в котором была представлена проблема замещения должности высших должностных лиц субъектов. Дело в том, что еще в 1996 году, когда отсутствовал федеральный закон, который регулировал бы вопросы формирования высших органов власти субъектов РФ, Конституционный Суд признал, что «конституционный принцип единства государственной власти требует, чтобы субъекты Российской Федерации в основном исходили из федеральной

схемы взаимоотношений исполнительной и законодательной власти... Конституция Российской Федерации не содержит прямого указания в отношении порядка избрания глав исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Однако она предусматривает в статье 3 (часть 2), что народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти. Из смысла этой статьи в ее взаимосвязи со статьей 32 Конституции Российской Федерации, закрепляющей право граждан избирать органы государственной власти, вытекает, что высшее должностное лицо, формирующее орган исполнительной власти, получает свой мандат непосредственно от народа и перед ним ответственно»⁶⁷. Иными словами, было подтверждено избирательное право граждан на выборах высших должностных лиц субъектов РФ. В 1999 году был принят Федеральный закон «Об основных принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», установившие именно прямые выборы этих лиц. В 2005 году, рассматривая жалобу граждан, лишившихся пассивного и активного избирательного права на выборах глав субъектов в связи с тем, что последние, в результате поправок в Закон, теперь должны были быть «наделены полномочиями» законодательными органами субъектов РФ по представлению Президента РФ (имевшего вдобавок сильное влияние на итоговое решение, поскольку в случае двукратного отклонения предложенной им кандидатуры законодательный орган мог быть распущен), Конституционный Суд пересмотрел свою позицию и указал, что, «не имея непосредственного конституционного закрепления, эта возможность [выбирать и быть избранным на высшую должность субъекта РФ. — А. Т.] по своему нормативному содержанию не является необходимым элементом ни конституционного права граждан избирать и быть избранными в органы государственной власти, ни иных конституционных прав, таких как право граждан Российской Федерации на участие в управлении делами государства и право на доступ к государственной службе, закрепленных статьей 32 Конституции Российской Федерации», и потому рассматриваемый порядок не может

рассматриваться как ограничение конституционного права⁶⁸. Это именно тот инструментальный подход к категории пределов права, который был рассмотрен выше, — если законодатель исключает возможности, не охватываемые сферой защиты права, речь об ограничении прав и, соответственно, проверке их правомерности, уже не идет. Однако в данном конкретном случае использование этого инструмента нельзя признать удачным⁶⁹, особенно с учетом того, что изменение позиции Суда относительно конституционных пределов избирательных прав не было убедительным образом аргументировано. Конституция РФ содержит еще много формул, регулирующих в том числе политические права, буквальное прочтение которых серьезным и не лучшим образом скажется на правовом статусе личности⁷⁰. Что не менее важно, отсутствие последовательности в подходах к вопросам пределов конституционных прав может существенным образом затруднять их защиту.

В решениях Конституционного Суда РФ регулярно поднимался и вопрос относительно абсолютных прав. Естественно, Суд в большинстве случаев был весьма далек от того, чтобы рассматривать как абсолютные те возможности, которые были признаны защищаемыми каким-либо конституционным правом. Напротив, в практике Суда сразу после признания применимости конкретного права в деле иногда можно встретить специальное указание на то, что данное право «не является абсолютным, то есть не подлежащим никаким ограничениям»; после этого указания и рассматривается вопрос о правомерности ограничений⁷¹.

Основная проблема, предопределяющая проблематичность выводов относительно абсолютных прав, связана с тем, что часть 3 статьи 55 Конституции РФ, предусматривая допустимость ограничений при соблюдении определенных требований, не содержит упоминания о том, что какие-нибудь из прав ограничивать нельзя и при соблюдении этих условий. На практике несколько запутала ситуацию статья 56 Конституции, закрепившая норму об ограничении прав в случае чрезвычайного положения (часть 1) и уточнившая в части 3, что «не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные статьями 20 [право на жизнь], 21 [достоинство лично-

сти], 23 (часть 1) [неприкосновенность частной жизни], 24 [защита информации о частной жизни лица], 28 [свобода совести], 34 (часть 1) [свобода предпринимательской деятельности], 40 (часть 1) [право на жилище], 46—54 [право на судебную защиту и ряд процессуальных гарантий]». Подход, в рамках которого указанные в этой норме права и свободы «не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах», был отражен в одном из постановлений⁷² Судом, указавшим, что право на судебную защиту, находящееся в списке прав части 3 статьи 56, не может быть ограничено.

Тем не менее, как отмечалось некоторыми авторами⁷³, такой подход нельзя считать убедительным. Представляется, что статья 56 Конституции, будучи посвящена чрезвычайному положению, в своей части 3 устанавливает не абсолютный запрет на ограничение перечисленных в ней прав, а запрет, рассчитанный только на этот особый режим. Иными словами, логическая цепочка: «если права не могут быть ограничены даже в условиях чрезвычайного положения, это значит, что они не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах», кажущаяся привлекательной на первый взгляд⁷⁴, не является корректной. Слово «даже» представляется здесь обманчивым, добавляющим в норму тот смысл, который в ней изначально не заложен. Нельзя сказать, что перечисленные в части 3 статьи 56 права не могут быть ограничены «даже» в условиях чрезвычайного положения; они не могут быть ограничены «именно» в условиях чрезвычайного положения⁷⁵. Более того, рассматриваемая норма не исключает полностью ограничений названных в ней прав в период действия этого режима. Она требует только, чтобы данный режим не служил *единственным* или *дополнительным* основанием для введения ограничений. Действительно, если в обычных условиях действует, например, ограничение свободы предпринимательской деятельности в форме требования получить лицензию для осуществления определенного вида деятельности, то это требование сохранится и на территории, на которой объявлено чрезвычайное положение.

Поскольку вопросы, связанные с ограничением основных прав в обычной ситуации, регулируются не статьей 56, а статьей 55 (ч. 3) Конституции, еще один путь поиска аб-

солютных прав может быть связан с анализом принципиальной возможности выполнить все условия правомерности вводимых ограничений применительно к конкретным правам: если применительно к какому-либо праву эти условия не могут быть соблюдены, ограничение этого права невозможно. Эта линия аргументации также была использована Конституционным Судом РФ. В том же Постановлении от 3 мая 1995 года было указано, что право на судебную защиту не подлежит ограничению также и потому, что оно ни в каком случае не может вступать в противоречие с целями введения ограничений, перечисленными в части 3 статьи 55 Конституции. Позднее с различной аргументацией были названы абсолютными и отдельные процессуальные гарантии, закрепленные Конституцией РФ: право на получение квалифицированной юридической помощи⁷⁶, право на презумпцию невиновности⁷⁷, право не быть осужденным повторно за одно и то же преступление⁷⁸, право осужденного на пересмотр приговора⁷⁹ и некоторые другие. Здесь, однако, нельзя не заметить своего рода «дрейф» практики Суда к отказу от абсолютности этих и иных прав. Так, в отношении права на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц, Конституционный Суд еще в период действия Конституции 1978 года (с поправками), сформулировал⁸⁰ правовую позицию, в соответствии с которой «не должны устанавливаться ограничения полного возмещения ущерба для граждан, чьи права и свободы были нарушены незаконными действиями государственных органов и должностных лиц». Однако позднее⁸¹ Суд указал, что вынесение судебных решений по искам к России порождает коллизию конституционных ценностей, — своевременности и полноты исполнения судебного решения, с одной стороны, и стабильности и непрерывности в реализации государством возложенных на него функций и, следовательно, стабильности гарантированного государством конституционно-правового статуса личности — с другой. Поскольку право на судебную защиту (в том числе право на возмещение причиненного государством ущерба) не должно нарушать прав и свобод других лиц, федеральный законодатель вправе установить порядок исполнения

судебных решений в отношении государства, предусматривающий определенные изъятия из общих правил исполнительного производства. Эта позиция означает, что праву на возмещение причиненного государством вреда абсолютный характер уже не придается. Применительно к иным элементам права на судебную защиту Суд принял правовую позицию, согласно которой федеральный законодатель, регулируя право на доступ к правосудию и на законный суд, должен «соблюдать вытекающее из Конституции РФ требование разумной соразмерности между используемыми средствами и поставленной целью, с тем чтобы не допустить такого ограничения указанных прав, которое затрагивало бы самое их существо»⁸². Иными словами, *соразмерное* ограничение этих элементов права на судебную защиту Судом все-таки допускается, хотя еще позже Суд снова подтвердил⁸³ со ссылкой на статью 56, что право на судебную защиту не подлежит ограничению.

Помимо некоторой непоследовательности в вопросах абсолютности прав следует указать и на решение, на данный момент «закрывающее» вопрос об абсолютной защите права на достоинство. В Постановлении, затрагивавшем вопросы невыдачи тел лиц, чья смерть наступила в результате пресечения совершения ими террористической деятельности, родственникам для захоронения, Конституционный Суд, согласившись с тем, что право человека быть погребенным после смерти согласно его волеизъявлению, с соблюдением обычаев и религиозных обрядов вытекает в том числе и из его права на достоинство, и указав, что личные права человека должны охраняться и после его смерти, что выражается в том числе в обрядовых действиях по погребению, одновременно просто констатировал, что право, гарантированное частью 1 статьи 21 Конституции РФ (то есть право на достоинство), может быть ограничено в целях, установленных частью 3 статьи 55, не выясняя вопроса о соразмерности ограничения такого права как право на достоинство достигаемым конституционно-значимым целям⁸⁴.

Таким образом, практика Конституционного Суда, хотя и демонстрирует определенный потенциал к использованию принципа соразмерности ограничений, категорий пределов защиты прав и абсолютных прав, не

отличается особенной последовательностью и не предлагает четкого представления о сущности соответствующих конституционно-правовых инструментов.

5. Заключение

Принцип пропорциональности воспринят многими правовыми порядками в качестве структуры проверки правомерности ограничений прав. Понимаемый таким образом принцип пропорциональности, хотя и предполагает соотношение прав как *prima facie* защищаемых принципов с другими принципами (правами или иными благами), тем не менее не обесценивает значения прав, способных обеспечить индивидам защиту. Степень же этой защиты и отказ от рассмотрения права в качестве «козыря», как представляется, связаны не с принципом пропорциональности как таковым, а с правовой природой самих прав в современном обществе, стремящемся обеспечить согласование интересов различных социальных групп и такую степень свободы для каждого, которая была бы совместима со свободой других. Конституционные права, субъективные по своему характеру и одновременно представленные, как правило, в широких формулировках высокой степени абстрактности и рассчитанных на действие в самых разных ситуациях, содержат в себе потенциальную возможность конкуренции друг с другом и общими интересами. Но ни одно из них не должно быть полностью устранено из правовой системы в результате такой конкуренции: даже будучи «перевешены» соображениями в пользу иного блага в конкретной ситуации, они, тем не менее, сами не перестают быть благом, способным перевесить во многих других обстоятельствах. В этом смысле, тот факт, что правотворческие и правоприменительные органы часто вынуждены сопоставлять одни права с другими, а также права — с общими интересами, не принижает положение прав как высшей ценности, на обеспечение которой направлена деятельность всех органов публичной власти.

Однако, несмотря на эти соображения, в науке и практике можно проследить линию на сохранение понимания основных прав, по крайней мере некоторых из них, как «козырной карты» или «щита». Такое понимание требует более четкой проработки вопро-

сов структуры права, в том числе выделения 1) возможностей, которые с конституционно-правовой точки зрения не являются частью его содержания (находятся за пределами защиты права), 2) возможностей, которые представляют собой часть защищаемого права, но находятся в сфере балансирования, то есть могут быть затронуты правомерным образом при условии соблюдения принципа пропорциональности, 3) возможностей, которые вовсе не могут быть затронуты, когда всякое вмешательство рассматривается как неправомерное. Именно такая схема позволит сохранять значение «щита», закрывающего индивидов от абсолютно исключенных средств воздействия, за последней категорией возможностей (абсолютными правами), и в то же время не допускать редукции прав к данным, неизбежно понимаемым узко, возможностям. При этом такая схема предполагает самостоятельную линию аргументации для выделения первой и третьей групп возможностей, не сводящейся к тому, что та или иная возможность обязательно всегда проигрывает или выигрывает при сопоставлении с иными ценностями, а концентрирующей, скорее, на том смысле, который стоял за признанием того или иного права.

Как показывает практика Конституционного Суда РФ, значительная часть его решений посвящена проверке правомерности ограничений прав. Им была воспринята идея о ряде критериев в рамках принципа соразмерности, которым должно отвечать ограничение. В некоторых решениях он также продемонстрировал готовность расширить структуру проверки, вводя 1) этап оценки того, имело ли место вмешательство в конституционное право и 2) категорию абсолютных прав, не допускающих ограничений вовсе. Тем не менее представляется возможным говорить о том, что опираясь на принцип соразмерности, Суд не использует его основные преимущества, а именно — последовательность и прозрачность проверки, предполагающие поэтапное сопоставление рассматриваемого ограничения с критериями принципа. Проблема пределов содержания конституционных прав также проявляется в практике Суда несколько хаотичным образом, что позволяет в отдельных случаях усомниться в его полной отвлеченности от политических соображений. Возможно, Суд мог бы не только более по-

следовательно, но и более полно реализовать потенциал защиты прав, заложенный в Конституции РФ. Это же относится к использованию категории абсолютных прав. Достаточно поверхностная аргументация в этой сфере могла бы уступить место более тщательной проработке вопроса о том, какие именно права (или отдельные аспекты этих прав) могли бы претендовать на защиту безотносительно сопоставления с иными ценностями. Принципиально важно было бы строить доводы о пределах защиты или абсолютности тех или иных конституционных прав, опираясь на соображения относительно природы этих прав, их происхождения, целей их закрепления и места в правовой системе, моральных ценностей, защищаемых ими, а не в результате сопоставления с иными благами, тем более что в практике Суда такое сопоставление не следует полностью четкой и объективной схеме.

Александра Троицкая — доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук.

stephany@mail.ru

¹ Существуют случаи, когда указания на возможность ограничения прав в конституции напрямую не содержится (такова ситуация, например, в США), что может быть связано с особыми условиями и целями принятия документа, но не влияет, однако, на саму идею допустимости ограничения прав, развивающуюся в рамках «живой конституции».

² Так, требование, в соответствии с которым в основе ограничения должен лежать закон, отражает идею о том, что, если уж ограничения и устанавливаются, пусть это делается самими гражданами (их представителями): индивид свободен постольку, поскольку обязан подчиняться законам, демократически одобренным. См.: *Troper M. Obedience and Obligation in the Rechtsstaat // Democracy and the Rule of Law / ed. by A. Przeworski, J. M. Maravall. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2003. P.94—108, 95.* Эта базовая конструкция может быть уточнена. Например, в практике Европейского Суда по правам человека термин «закон» понимается шире, как включающий не только

акты первичного законодательства, но и иные правовые нормы конкретного государства, но в любом случае для того, чтобы формальное требование к ограничению «законом» можно было считать выполненным, установленные нормы проверяются с точки зрения их соответствия принципу верховенства права, предсказуемости и определенности регулирования и т. д. См.: *Korff D. The Standard Approach under Articles 8–11 ECHR and Article 2 ECHR. URL: http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf (дата обращения: 17.04.2015).*

³ Характерным исключением здесь является Конституция ЮАР, в статье 36 которой установлено, что «Права Билля о правах могут быть ограничены только на основе закона общего применения в пределах, в которых такое ограничение является разумным и справедливым в открытом и демократическом обществе, основанном на человеческом достоинстве, равенстве и свободе, учитывающая все факторы, которые относятся к делу, включая: (а) природу права; (б) важность цели ограничения; (с) природу и пределы ограничения; (d) отношение между ограничением и его целью; (е) наименее ограничивающие средства для достижения цели» (URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=78> (дата обращения: 17.04.2015)). Однако очевидно, что данная норма не была создана «с чистого листа»; здесь, скорее, был воспринят уже выработанный в рамках иных юрисдикций опыт применения принципа пропорциональности.

⁴ О принципиальном сходстве «американского» метода балансирования и «европейского» принципа пропорциональности (по крайней мере, последнего его этапа, или пропорциональности в узком смысле) см.: *Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3(82). С. 59—81.* О сопоставлении двух методов см.: *Schlink B. Proportionality (1) // The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajo. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 718—737, 721—722.* О распространенности метода применительно к различным государствам см. также: *Gardbaum S. Limiting Constitutional Rights // UCLA Law Review. Vol. 54. 2007. No. 4. P. 791.*

⁵ См.: *Grimm D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence // Univer-*

- sity of Toronto Law Journal. Vol. 57. 2007. No. 2. P. 383–397.
- ⁶ См.: Шлинк Б. К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2 (87). С. 56–76, 57–62; Должиков А. В. «Гордость и предубеждение»: соразмерность полного конституционного запрета заключенным голосовать в России. Постановление Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года // Международное правосудие. 2013. № 4 (8). С. 11–31, 25–31.
- ⁷ См.: Sweet A. S., Mathews J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 47. 2008. No. 1. P. 72–164, 74.
- ⁸ См.: Möller K. Proportionality: Challenging the Critics // International Journal of Constitutional Law. Vol. 10. 2012. No. 3. P. 709–731; Endicott T. Proportionality and Incommensurability // Proportionality and Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning / ed. by G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber. New York, NY : Cambridge University Press, 2014. P. 311–342, 328.
- ⁹ См., например: Aleinikoff T. A. Constitutional Law in the Age of Balancing // The Yale Law Journal. Vol. 96. 1987. No. 5. P. 943–1005, 972–982, 984–994; Tsakyrakis S. Proportionality: An Assault on Human Rights? // International Journal of Constitutional Law. Vol. 7. 2009. No. 3. P. 468–493; Urbina F. «Balancing as Reasoning» and the Problems of Legally Unaided Adjudication: A Reply to Kai Möller // International Journal of Constitutional Law. Vol. 12. 2014. No. 1. P. 214–221.
- ¹⁰ О категории взвешивания, означающей не весы, а вовлечение различных соображений в процесс аргументирования и принятия решения см.: Möller K. Proportionality: Challenging the Critics. О пределах взвешивания см.: Grimm D. Op. cit. P. 396.
- ¹¹ Термин «конкуренция» акцентирует соперничество ценностей, определенные элементы каждой из которых могут сохраняться по результатам сделанного выбора, что принципиально для идеи пропорциональности. Тем не менее в ряде случаев оправданным выглядит использование термина «конфликт», предполагающего более жесткое столкновение несовместимых позиций и выбор только одной из них при полной потере другой. Эта проблема, озвученная в науке, представляет собой особое препятствие на пути понимания прав как «kozyрных» карт. См.: Zucca L. Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas // Conflicts Between Fundamental Rights / ed. by E. Brems. Antwerp : Intersentia, 2008.
- ¹² См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2002. P. 57.
- ¹³ См.: Tushnet M. Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law. Cheltenham, Northampton : Edward Elgar, 2014. P. 77.
- ¹⁴ См.: Герардс Я., Сенден Х. Структура основных прав и Европейский Суд по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 3 (76). С. 36–63, 38; Faigman D. L. Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles Versus Supreme Court Practice // Virginia Law Review. Vol. 78. 1992. No. 7. P. 1521–1580, 1523.
- ¹⁵ См.: Хесце К. Основы конституционного права ФРГ. М.: Юрид. лит., 1981.
- ¹⁶ См.: Герардс Я., Сенден Х. Указ. соч.
- ¹⁷ См.: Alexy R. Op. cit. P. 179, 197.
- ¹⁸ См.: Mavronicola N. What is an «Absolute Right»? Deciphering Absoluteness in the Context of the European Convention of Human Rights // Human Rights Law Review. Vol. 12. 2012. No. 4. P. 723–758, 728.
- ¹⁹ New York v. Ferber. 458 U.S. 747 (1982). URL: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=458&invol=747> (дата обращения: 17.04.2015).
- ²⁰ См.: Aleinikoff T. A. Op. cit. P. 943.
- ²¹ Faigman D. L. Op. cit. P. 1537.
- ²² Примечательна ссылка, сделанная в этом решении на дело «Чаплински против Нью-Гемпшира» (Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)), при рассмотрении которого указывалось, что некоторые категории высказываний не являются необходимой частью представления идей и в качестве шага на пути к истине имеют настолько незначительную социальную ценность, что легко перевешиваются общественными интересами порядка и нравственности. Можно заметить, что первая часть этой фразы говорит о содержательном пределе свободы слова, а вторая — снова сосредоточена на взвешивании.
- ²³ Например, статья 2 Основного закона ФРГ устанавливает, что «каждый имеет право на свободное развитие своей личности в той мере, в какой он не нарушает прав других и не посягает на конституционный строй или нравственный закон». В соответствии со статьей 4 Декларации

- прав человека и гражданина 1789 года, «свобода состоит в возможности делать все, что не наносит вреда другому».
- ²⁴ Например, согласно статье 5 Основного закона ФРГ: «Искусство и наука, исследования и преподавание свободны. Свобода преподавания не освобождает от обязанности сохранять верность Конституции».
- ²⁵ См.: *Богданова Н.А.* Система науки конституционного права. М.: Юрисгь, 2001. С. 165.
- ²⁶ Например, такое положение содержится в статье 32 Конституции Испании.
- ²⁷ См.: *Kumm M.* What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement : New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 46(2006). P. 12.
- ²⁸ Пределы могут касаться также объекта права как защищаемого данным правом блага, или его субъекта, но можно заметить, что существо предела от этого мало меняется. Так, в приведенном выше примере можно говорить о том, распространяется ли право заключения брака на определенных субъектов — лиц одного пола, включает ли защищаемый объект — брак — связи между однополыми лицами, входит ли в соответствующее право правомочие лиц одного пола на заключение признаваемого государством брака.
- ²⁹ «Каждый имеет право свободно выражать и распространять свое мнение устно, письменно и посредством изображения, а также беспрепятственно получать информацию из общедоступных источников. Гарантируются свобода печати и свобода передачи информации посредством радио и кино. Цензуры не существует».
- ³⁰ См.: 90 VverfGE 241 (1994). Цит. по: Конституционные права в России: дела и решения : учеб. пособие / отв. ред. А. Шайо. М.: Ин-т права и публичной политики, 2002. С. 552–555.
- ³¹ См.: *Webber G. C. N.* The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights. New York : Cambridge University Press, 2012. P. 103, 123–133.
- ³² *Gewirth A.* Are There Any Absolute Right? // The Philosophical Quarterly. Vol. 31. 1981. No. 122. P. 1–16, 2.
- ³³ *Möller K.* The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection : LSE Law, Society and Economy Working Papers 13/2010. URL: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-13_Moller.pdf (дата обращения: 17.04.2015).
- ³⁴ См.: *Mavronicola N.* Op. cit. P. 729–730.
- ³⁵ О таком понимании прав см.: *Nozick R.* Anarchy, State, and Utopia. New York : Basic Books, 1974. P. 28–29. Цит. по: *Möller K.* The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection. P. 9.
- ³⁶ *Webber G. C. N.* Op. cit.
- ³⁷ См.: Report of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session, 4 May – 19 July 1966 // Yearbook of the International Law Commission. 1966. Vol. II. P. 247–248.
- ³⁸ См.: Application no. 22978/05, *Gäfen v. Germany*, Judgment of 1 June 2010.
- ³⁹ См., например: Application no. 100/1997/884/1096, *A. v. the United Kingdom*, Judgment of 23 September 1998. См. также: *Eadie J., Gallafent K.* Positive Obligations Under Articles 2 and 3 of ECHR. URL: <http://www.blackstonechambers.com> (дата обращения: 17.04.2015).
- ⁴⁰ См.: *Mavronicola N.* Op. cit. P. 732. См. также: *Palmer S.* A Wrong Turning: Article 3 ECHR and Proportionality // Cambridge Law Journal. Vol. 65. 2006. No. 2. P. 438–451, 448–449. По мнению автора этой работы, статья 3 Конвенции, формулируя обязательства государства в абсолютных категориях, не предполагает различий в отношении к позитивным и негативным обязательствам государства, однако определение рамок позитивного обязательства требует рациональной оценки конкурирующих интересов: в контексте позитивного обязательства по статье 3 государство обязано принимать разумные шаги для защиты лица от запрещенного обращения, о котором государству стало (или должно было быть) известно.
- ⁴¹ В отличие от права на достоинство, право на жизнь террористов было признано ограничиваемым в случае сбивания самолета, однако такое ограничение было признано отвечающим требованиям соразмерности.
- ⁴² См.: *Tushnet M.* Op. cit. P. 81.
- ⁴³ См.: *Kumm M.* Op. cit. P. 37.
- ⁴⁴ Ibid. P. 38.
- ⁴⁵ Как указывает Кумм, естественно, попытки недопустимы для того, чтобы выяснить, где вор спрятал похищенные ценности. Однако способность суда провести соответствующее взвешивание не вызывает сомнений. Так, в 1963 году Федеральный конституционный суд Германии рассмотрел дело о допустимости взятия у обвиняемого спинномозговой жидкости для определения его дееспособности (16 BVerfGE 194). Определенные дееспособности было признано легитимной целью, а забор спинномозговой жидкости — подходящим и необходимым средством. Тем не менее, с учетом своей болезненности и опасности, процедура была признана отвечающей тре-

бованиям пропорциональности для решения вопроса только при серьезных преступлениях. См.: *Schlink B.* Op. cit. P. 721.

⁴⁶ Заметим также, что на практике проблематичность абсолютного понимания права не подвергаться ненадлежащему обращению подтверждается некоторыми другими делами, рассмотренными в связи с действием статьи 3 Конвенции. См., например: *Kröcher and Möller v. Switzerland.* Report 16.12.82. D.R.34. В этом деле Комиссия указала на необходимость сопоставления условий содержания заключенных заявителей (по мнению последних, условия нарушали статью 3 Конвенции) с целями и продолжительностью введения этих условий (обеспечение безопасности). Получается, что допустимость или недопустимость того или иного обращения оценивалась в зависимости от того, насколько это обращение оправдано внешними соображениями, тогда как абсолютные права по своей идее не допускают такого сопоставления. См. также: *Application no. 14038/88, Soering v. the United Kingdom.* Judgment of 7 July 1989. В этом деле в число факторов, принимаемых во внимание при толковании бесчеловечного или унижающего достоинство обращения в делах об экстрадиции, предлагалось включать опасность для укрывающего государства. Не случайно позднее соответствующие позиции были уточнены, см., например: *Application no. 22414/93, Chahal v. the United Kingdom,* Judgment of 15 November 1996.

⁴⁷ См., например: *Belgium v. Senegal,* Judgment of 20 July 2012, I.C.J. Reports 2012. P. 422; *Application no. 35763/97, Al-Adsani v. the United Kingdom,* Judgment of 21 November 2001 (одно из решений Европейского Суда по правам человека, в котором он подтвердил императивный характер нормы, запрещающей пытки. По этому делу примечательно особое мнение шести судей, акцентировавших необходимость признания приоритета нормы *jus cogens*, каковой был признан запрет пыток, над положениями, не имеющими такой силы).

⁴⁸ Так, Верховным судом Израиля был рассмотрен вопрос о допустимости средств физического воздействия к допрашиваемым лицам, причастным к террористическим актам. Был сделан вывод о том, что соответствующие методы допроса (встряска, лишение сна и другие) затрагивают достоинство допрашиваемого. Общий вывод, однако, сводился к тому, что такие приемы допроса не могли быть установлены директивами исполнительной власти, как это было в деле, поскольку

ку базовые вопросы прав и общества, этики и политики, принципа верховенства права и безопасности «должны быть определены законодательной ветвью», представляющей народ и способной принять требуемый акт, обеспечив его соответствие ценностям государства Израиль, надлежащую цель и отсутствие ограничения сверх необходимого. См.: Решение от 6 сентября 1999 года. URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.htm (дата обращения: 17.04.2015).

⁴⁹ См.: *Twiss S.B.* Torture, Justification, and Human Rights: Toward an Absolute Proscription // *Human Rights Quarterly.* Vol. 29. 2007. No. 2. P. 346–367; о различии последствий морального и правового разрешения сурового обращения см.: *Gur-Arie M.* Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations // *Torture: A Collection / ed. by S. Levinson.* Oxford ; New York : Oxford University Press, 2004. Нельзя не сказать, что даже и абсолютный запрет пыток не снимет всех вопросов, например, в части расхождений относительно того, являются ли те или иные действия государства таким обращением, распространяется ли соответствующая обязанность на действия государства в рамках отношений депортации, экстрадиции и т. д. О проблеме релятивизма применительно к абсолютному праву см.: *Mavronicola N., Messineo F.* Relatively Absolute? The Undermining of Article 3 ECHR in *Ahmad v. UK* // *The Modern Law Review.* Vol. 76. 2013. No. 3. P. 589–603; *Feldman D.* Civil Liberties and Human Rights in England and Wales. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 242; см.: также дело, в котором Европейского Суда по правам человека отчетливо ставил проблему относительности определения того, шла ли речь о пытках: *Application no. 5310/71, Ireland v. the United Kingdom,* Judgment of 18 January 1978. Тем не менее по крайней мере некоторые виды обращения с индивидами будут исключены на абсолютной основе, что уже делает соответствующую категорию (абсолютные права) оправданной. Кроме того, проблему относительности не нужно путать с допустимостью применения принципа пропорциональности. См.: *Palmer S.* Op. cit. P. 439.

⁵⁰ *Application no. 2346/02, Pretty v. the United Kingdom,* Judgment of 29 April 2002.

⁵¹ См., например: *Wicks E.* Challenging Some Myths about the Right to Life at the End of Life. 1: Not an Absolute Right // *Clinical Ethics.* Vol. 6. 2011. No. 4. P. 167–171.

- ⁵² См.: *Lepsius O.* Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act // *German Law Journal*. Vol. 7. 2006. No. 9. P. 761–776, 770.
- ⁵³ См.: *Должиков А.В.* Ограничение основных прав законами субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 2. С. 14–16.
- ⁵⁴ См., например, постановления Конституционного Суда РФ: от 22 ноября 2001 года № 15-П; от 28 февраля 2006 года № 2-П.
- ⁵⁵ См., например, постановления Конституционного Суда РФ: от 4 апреля 1996 года № 9-П; от 11 марта 1998 года № 8-П и др.
- ⁵⁶ См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2007 года № 11-П, в котором не противоречащим Конституции было признано радикальное увеличение требуемого числа членов партии — с 10 тыс. до 50 тыс. человек. Позднее Европейского Суда по правам человека счел данное ограничение свободы объединения не соответствующим принципу пропорциональности (см.: *Application no. 12976/07, Republican Party of Russia v. Russia, Judgment of 12 April 2011*). Законодательными изменениями 2012 года к численности партии требования были снижены (в настоящее время 500 чел.).
- ⁵⁷ См. постановления Конституционного Суда РФ: от 27 марта 1996 года № 8-П; от 15 января 1998 года № 2-П; 14 ноября 2005 года № 10-П, от 26 декабря 2005 года № 14-П, от 16 июля 2008 года № 9-П; от 13 мая 2014 года № 14-П, и др.
- ⁵⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 года № 15-П.
- ⁵⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 марта 2014 года № 7-П. См. также постановления: от 15 июля 1999 года № 11-П; от 27 мая 2003 года № 9-П; от 27 мая 2008 года № 8-П; от 30 июня 2011 года № 14-П и др.
- ⁶⁰ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2012 года № 11-П. См. также постановления: от 20 июля 1999 года № 12-П; от 6 июня 2000 года № 9-П; от 22 ноября 2000 года № 14-П; от 12 июля 2007 года № 10-П; от 20 декабря 2010 года № 22-П; от 22 апреля 2011 года № 5-П.
- ⁶¹ Существуют также позиция, в соответствии с которой право «может быть ограничено федеральным законом в целях защиты конституционно значимых ценностей при обязательном соблюде-
- нии принципов необходимости, пропорциональности и соразмерности, с тем чтобы вводимые им ограничения не посягали на само существо данного конституционного права» (Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2014 года № 976-О). Иными словами, в рамках данной позиции для признания ограничения соразмерным будет достаточно, если оно не посягает на существо права. Этот подход никак не укладывается в приведенную в данной работе схему: даже если мы признаем наличие неприкосновенного «ядра» права, последнее имеет еще такие содержательные аспекты, ограничение которых, собственно, и требует проверки с помощью указанных критериев принципа пропорциональности, имеющих самостоятельное значение.
- ⁶² См.: Особое мнение судьи Кононова к Постановлению Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 года № 1-П; *Шустров Д.Г.* Приуроченный Левиафан: Государство как объект конституционно-правового регулирования. СПб.: Изд. дом «Алеф Пресс», 2014. С. 310–312.
- ⁶³ Определение Конституционного Суда РФ от 17 мая 1995 года № 26-О.
- ⁶⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 16 ноября 2006 года № 496-О.
- ⁶⁵ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2011 года № 26-П.
- ⁶⁶ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17 февраля 1998 года № 6-П.
- ⁶⁷ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 года № 2-П.
- ⁶⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П.
- ⁶⁹ См., например: *Нуссбергер А.* «Сильное государство» как основополагающая идея российского конституционного правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1 (54). С. 154–155; *Саликов М.* «Позиции» и правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: до и после решения по делу о «назначении» губернаторов // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2 (55). С. 160–167.
- ⁷⁰ Особенную тревогу может внушать положение статьи 31 Конституции РФ: «Граждане Российской Федерации имеют право собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование». Формально уведомительный порядок проведения некоторых из этих форм публичных мероприятий сопряжен с проблематичными процедурами со-

гласования. Одновременно попыткам уйти от этих процедур путем организации других форм мероприятий был поставлен серьезный заслон Кодексом об административных правонарушениях, статья 20.2.2. которого устанавливает ответственность за организацию не являющегося публичным мероприятием массового одновременного пребывания и (или) передвижения граждан в общественных местах, призывы к нему или участие в нем, если массовое одновременное пребывание и (или) передвижение граждан в общественных местах повлекли нарушение общественного порядка или санитарных норм и правил, нарушение функционирования и сохранности объектов жизнеобеспечения или связи *либо причинение вреда зеленым насаждениям либо создали помехи движению пешеходов* или транспортных средств либо доступу граждан к жилым помещениям или объектам транспортной или социальной инфраструктуры. Буквальное прочтение статьи 31 Конституции в том смысле, что в ней установлен исчерпывающий перечень мероприятий, попадающих под конституционную защиту, могло бы позволить придти к выводу о том, что данное, безусловно, очень широкое описание административного правонарушения даже не является ограничением каких-либо конституционных прав.

⁷¹ См., например, постановления Конституционного Суда РФ: от 16 июня 2009 года № 9-П (речь шла о праве на свободу и личную неприкосновенность); от 5 декабря 2012 года № 30-П (право на проведение публичных мероприятий) и др.

⁷² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 3 мая 1995 года № 4-П.

⁷³ См.: Конституционные права в России: дела и решения : учеб. пособие / отв. ред. А. Шайо. С. 61.

⁷⁴ См., например: *Шустров Д. Г.* Указ. соч. С. 302. В рамках уточняющего подхода ни при каких обстоятельствах, *включая и* чрезвычайное положение, не может быть ограничено право на судебную защиту, поскольку оно представляет не только основное право, но и гарантии иных прав, в связи с чем часть 3 статьи 55 Конституции на него не распространяется. См.: *Самович Ю. В.* Право человека на международную судебную защиту: Дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2007.

⁷⁵ Тем не менее даже заявители подчас пытаются обосновать неправомерность ограничений их

прав ссылками именно на часть 3 статьи 56, притом что обжалуют акты, действующие в обычной ситуации, а не в режиме чрезвычайного положения, а Суд воспринимает эту аргументацию. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 18 февраля 2000 года № 3-П.

⁷⁶ В Постановлении от 27 марта 1996 года № 8-П Конституционный Суд РФ указал, со ссылкой на часть 3 статьи 56 Конституции, что конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи не может быть ограничено ни при каких обстоятельствах. Позднее, в Постановлении от 26 декабря 2003 года № 20-П Судом была использована несколько иная формулировка: было признано, что данное право в силу Конституции ни при каких условиях не подлежит *произвольному* (выделено мной. — *А. Т.*) ограничению. Тем самым произвольное, в частности отвечающее требованиям статьи 55 (ч. 3) Конституции, ограничение, по-видимому, допускается.

⁷⁷ В соответствии с позицией Конституционного Суда РФ, выраженной в Постановлении от 28 октября 1996 года № 18-П, презумпция невиновности, равно как и право на судебную защиту относятся к таким правам, которые не подлежат ограничению ни при каких условиях; правда, и в этом случае Суд опирался на статью 56 (ч. 3) Конституции.

⁷⁸ Конституционный Суд указал в Постановлении от 19 марта 2003 года № 3-П, что указанное право в силу своей конституционно-правовой природы не подлежит ограничению.

⁷⁹ По мнению Конституционного Суда, это право по смыслу Конституции носит абсолютный характер и не может быть ограничено законодателем ни по кругу лиц, ни по видам судебных приговоров, подлежащих пересмотру, ни по каким иным обстоятельствам (см.: Постановление от 6 июля 1998 года № 21-П).

⁸⁰ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 января 1993 года № 1-П.

⁸¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 года № 8-П.

⁸² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 6 апреля 2006 года № 3-П.

⁸³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17 марта 2009 года № 5-П.

⁸⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28 июня 2007 года № 8-П.