

УДК 342.41

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРИНЦИПЫ И ЦЕННОСТИ КАК ПРЕДМЕТ БАЛАНСА (ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ): К ВОПРОСУ О СЛОЖНОСТЯХ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО И ПРАКТИЧЕСКОГО СОДЕРЖАНИЯ

© 2021 г. Т. Х. Кемрюгов

Санкт-Петербургский государственный аграрный университет

E-mail: tengiz_09@bk.ru

Поступила в редакцию 20.12.2019 г.

Аннотация. В статье анализируется подход к реализации конституционных принципов и ценностей, сложившийся в практике судебных органов конституционного нормоконтроля, называемый методом баланса (пропорциональности). Автор обобщает доктринальные представления об особенностях данного метода в различных правовых порядках, делает вывод о том, что доктрина и практика конституционного права пока не готовы разрешить ряд противоречий, связанных с применением метода баланса (пропорциональности).

Ключевые слова: конкуренция конституционных принципов, баланс ценностей, конституционный нормоконтроль, обоснование судебного решения.

Цитирование: Кемрюгов Т.Х. Конституционные принципы и ценности как предмет баланса (пропорциональности): к вопросу о сложностях теоретического и практического содержания // Государство и право. 2021. № 1. С. 135–142.

DOI: 10.31857/S102694520013236-0

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND VALUES AS A SUBJECT OF BALANCE (PROPORTIONALITY): TO THE QUESTION OF THE COMPLEXITIES OF THE THEORETICAL AND PRACTICAL CONTENT

© 2021 T. Kh. Kemryugov

Saint Petersburg state agrarian University

E-mail: tengiz_09@bk.ru

Received 20.12.2019

Abstract. The article analyzes the approach to the implementation of constitutional principles and values that has developed in the practice of judicial bodies of constitutional norm control, called the balance (proportionality) method. The author summarizes the doctrinal ideas about the peculiarities of this method in various legal systems, concludes that the doctrine and practice of Constitutional Law are not yet ready to resolve a number of contradictions related to the use of the balance (proportionality) method.

Key words: competition of constitutional principles, balance of values, constitutional norm control, justification of a court decision.

For citation: *Kemryugov, T. Kh. (2021). Constitutional principles and values as a subject of balance (proportionality): to the question of the complexities of the theoretical and practical content // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 135–142.*

Объективные потребности науки и практики по транслированию конституционных смыслов в правовую реальность стабильно актуализируют поиск такой методологии конституционного правопонимания и правоприменения, которая была бы адекватна многообразию учредительного, регулирующего, аксиологического, телеологического, гарантирующего, системообразующего воздействия конституции на общественные отношения. В силу ряда факторов на острие этого поиска в первую очередь оказываются судебные органы, осуществляющие конституционный нормоконтроль, деятельность которых непосредственно связана с рассмотрением конкретной правовой ситуации через призму конституционных принципов, ценностей и норм, выработкой конституционно-правового обоснования принимаемого судебного решения.

Контуры проблемного поля, возникающего в данной связи, в свое время описал Д.Д. Басу, указав, что «если относиться к Конституции серьёзно, толкование и осуществление этих общих положений вызовет большие трудности для органов законодательной власти, а эти трудности приведут Конституцию, суды и органы законодательной власти к конфликту и подорвут их репутацию. Если же рассматривать эти декларации как пустые обещания, это также приведёт к дискредитации»¹.

Мировой опыт показывает, что развитие правопорядка и социально-экономические, политические, идеологические аспекты трансформации первичного “*state of law*” в “*state of rights and freedoms*”, а затем в “*state of rights-claims*” (с последующим переходом к “*welfare-state*”) — процессы настолько же взаимосвязанные, насколько и противоречивые. И анализу посредством научного инструментария поддаются лишь до известной степени, особенно если учесть дефицит пригодных для юриспруденции методов, позволяющих эффективно решать задачи исследования на стыке политических, экономических, социальных, исторических и историко-культурных процессов. А иначе, надо сказать, многие исследовательские задачи в области конституционного права решать просто не имеет смысла.

Метод баланса (пропорциональности) в конституционном праве относительно нов. В Соединенных Штатах Америки он получил распространение во времена «Нового курса» Ф.Д. Рузвельта, в ряде европейских правопорядков — с 1950-х годов, по понятным причинам. Подход, согласно которому при рассмотрении «конституционных вопросов в суде» необходимо «отвергнуть механистическую юриспруденцию не отвергая идею закона»², был обусловлен «прорывом» в практику доктринальных положений об особой природе правовых принципов, что, перефразируя мысль Р. Паунда, не определяя детализированный результат, есть исходные начала юридической процедуры³. Именно к та-

ким исходным началам, фундаментальным принципам, понимаемым через традиции народа, апеллировал О. Холмс в своем широко известном особом мнении к решению Верховного суда США по делу *Lochner v. New York (1905)*. Сформировавшаяся на фоне резонанса по делу *Lochner v. New York* убежденность в том, что в правовых принципах преломляются соображения философии, этики, общей пользы⁴, предопределила понимание роли принципов как «посредников» между разнонаправленными соображениями политики и права, поставив перед юристами задачу вернуться к осмыслению того, что такое правосудие и какие методы (процедуры) позволяют суду выразить в тексте решения надлежащее соотношение индивидуальных прав и интересов общества и государства в ситуации, когда законодатель этого не сделал или сделал вразрез с фундаментальными (конституционными) принципами⁵.

Решения указанной задачи обуславливались различными факторами, вытекающими из конкретно-исторических условий. Так, Федеральному конституционному суду Германии требовалось обеспечивать прямое действие принципов и норм Основного закона ФРГ в условиях острых социальных, политических (межпартийных) противоречий, определять соотношение и взаимосвязи личных (основных), политических и социально-экономических прав и свобод, утверждать в общественном сознании, в политической и правовой практике концепцию о том, что «основные права создают объективный правопорядок, образованный вокруг некоторых общих ценностей и принципов»⁶. В этой связи становится понятной позиция Суда о том, что «традиционное подчинение судьи закону, основополагающая составная часть принципа разделения властей и тем самым правового государства, в Основном законе, во всяком случае в части формулировки, изменилось таким образом, что судебная власть связана “законом и правом” (абз. 3 ст. 20 Основного закона ФРГ). Таким образом, по общепринятому мнению, отвергается узкий позитивизм в отношении законов. Эта формула полностью поддерживает мысль, что хотя закон и право фактически идентичны в целом, однако не обязательно и не всегда. Право не идентично совокупности писаных законов. Наряду с писаными законами государственной власти при определенных обстоятельствах может существовать иное право, которое имеет свой источник в конституционном правопорядке в качестве смыслового целого и по отношению к писаному закону может действовать как средство исправления или

⁴ См.: *Dickinson J. The Law behind the Law // Columbia Law Review. 1929. No. 3. P. 296–315.*

⁵ См.: *Paradoxes of Legal Science by Benjamin N. Cardozo: Review / by Rousseau A. Burch // Michigan Law Review. Vol. 27. No. 6 (Apr., 1929). P. 637–649.*

⁶ *Benvindo J.Z. Balancing Within the Context of German Constitutionalism: The Bundesverfassungsgericht’s Shift to Activism / chapter from: On the limits of constitutional adjudication: Deconstructing balancing and judicial activism. 2010. P. 31–81; Kommers Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, 1997. P. 315–318.*

¹ *Басу Д.Д. Основы конституционного права Индии. М., 1986. С. 245, 246.*

² *Aleinkoff T.A. Constitutional Law in the Age of Balancing, 96 Yale L.J. (1987). P. 949. URL: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol96/iss5/1>*

³ См.: *Pound R. Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the individual special case // 35 N.Y. University Law Review. 925 (1960). P. 925.*

улучшения. Найти его и применить в решении — задача судебной власти»⁷.

Конституционный суд Германии руководствуется методом пропорциональности (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), который, как полагает Р. Алекси, представляет собой особый подход к применению конкурирующих правовых принципов, близкий по смыслу к Парето-оптимальности⁸, поскольку принцип содержит не конкретное правило, а некоторую идею или стандарт. Соответственно, содержание принципа образует общий замысел, а не относительно точное предписание, поэтому он может быть реализован в той или иной степени, но не полностью претворен в жизнь как юридическое правило. Это значит, что для реализации принципа права необходима правовая интерпретация лежащей в его основании идеи, с тем чтобы, выведя из неё ряд относительно конкретных требований (т.е. сформулировав правило) и определив таким образом содержание принципа, затем применить его для урегулирования общественного отношения имея в виду, что в праве необходимо присутствуют одинаково действительные, но конкурирующие принципы, которые вводят в право и юридически формализуют в нём некоторые общие представления (идеи), из которых участники правоотношения должны исходить, принимая те или иные юридически значимые решения.

В практике Верховного суда США в качестве метода выработки и изложения судебных решений в 1930-е годы утвердилась доктрина баланса, ставшая, по мнению А. Алейникоффа, резким изменением в подходах Суда к Конституции и основанному на ней правосудию⁹. К середине 1930-х годов в адрес Верховного суда США часто раздавалась критика, связанная с формально-консервативной позицией по отношению к социально острым проблемам и с тем, что Суд навязывает свои политические взгляды под видом конституционного толкования¹⁰. Из уст Президента США Ф.Д. Рузвельта прозвучали слова о том, что «как государство, как нация, мы достигли той стадии, когда мы должны принять меры для спасения Конституции от Суда и Суда от самого себя. Мы должны найти способ дать возможность Верховному суду апеллировать к самой Конституции. Мы хотим Верховный суд, который будет судить по Конституции, а не над ней»¹¹. Сам Верховный суд в своих решениях связывал свою позицию со спецификой регулирования отношений Конституцией и говорил о вполне определенной роли суда в данном регулировании¹². Коллега и во многом единомышленник Б.Н. Кардозо по работе в Верховном суде Харлан Ф. Стоун следующим образом резюмировал свое видение деятельности судьи: «Судья часто занимается

не столько извлечением права из прецедентов, как мы когда-то привыкли полагать, сколько проведением оценки и сопоставлением социальных ценностей, результат чего может иметь решающее значение при определении того, какое правило следует применять»¹³. Впрочем, судьи Верховного суда США существенно расходились во взглядах на право и правосудие, и эти расхождения оставались принципиальными вплоть до эпохи Э. Уоррена и не исчезли окончательно и в дальнейшем¹⁴.

Безусловно, переход к методологии баланса неверно было бы рассматривать исходя только из факторов субъективного порядка. Как полагает А. Алейникофф, переход к новой методологии в деятельности Верховного суда США был вполне подготовлен развитием правовой доктрины, работами Р. Паунда, Д. Дьюи, О. Холмса, Б.Н. Кардозо и других сторонников юридического прагматизма и судебного активизма. Повышение роли государства и усиление государственного регулирования экономики требовали принципиально нового обоснования соотношения публичных и частных интересов, соотношения интересов федерального правительства и интересов штатов, причем обоснования именно конституционного. Важнейшим стал фактор повышения активности населения, процесс кристаллизации интересов американцев в политической (выборы, свобода слова, свобода собраний и объединений), экономической (занятость и трудовая миграция, налоги), социальной (свобода вероисповедания, равноправие) сферах и сформировавшееся у политических элит понимание того, что социальные интересы де факто стали частью той системы отношений, на которой основаны процессы управления и развития общества и государства. Данные суждения исчерпывающе обобщаются в мнении А. Скэнлана: «Мы санкционируем решения правления большинства, когда они исходят от должным образом и демократически избранных представителей народа. Когда это большинство будет пытаться подорвать или нарушить основные принципы, на которых оно основано... <...>. Тогда должен выступить Суд как хранитель Библии о правах. Мы не потерпим, чтобы демократия была уничтожена от своего имени»¹⁵. Показательно, что эволюцию метода баланса нагляднее всего видно по рассматриваемым Верховным судом США делам,

¹³ Stone H.F. The Common Law in the United States, 50 HARV. L. REV. 4, 10 (1936). P. 20.

¹⁴ Непоследовательность практики Верховного суда США при рассмотрении схожих по существу дел, отражающая, очевидно, неопределенность собственной позиции ряда судей по ряду принципиальных вопросов конституционного правосудия, является предметом критики (см.: Faigman David L. Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication, 88 Nw. U.L. Rev. 641. 1994. URL: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/870).

В американской юридической литературе можно найти немало свидетельств того, что проблема остается актуальной и на современном этапе. В опубликованной в 2002 г. небольшой статье судья Верховного суда США (1975–2010) Дж. П. Стивенс описывает серию дел, которые обычно рассматриваются как пример судебного активизма, и делает вывод, что поскольку он не участвовал ни в одном из вышеупомянутых дел, то не может быть полностью уверен в том, как бы он проголосовал, но, оглядываясь назад, может сказать, что теперь согласен с каждым из этих решений (см.: Stevens John Paul. Judicial Activism: Ensuring the Powers and Freedoms Conceived by the Framers for Today's World // C.B.A. REC., Oct. 16, 2002, at 26).

¹⁵ Scanlan Alfred L. The Passing of Justice Murphy-The Conscience of a Court // 25 NOTRE DAME L. REV. 7, 38 (1949).

⁷ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Band 34 (1973). S. 286, 287 (цит. по: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. М., 2011. С. 16).

⁸ См.: Alexy R. Balancing, constitutional review, and representation // International Journal of Constitutional Law. Vol. 3. Issue 4. 1 October 2005. P. 573. URL: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>

⁹ См.: Aleinikoff T.A. Op. cit. P. 948.

¹⁰ Различные аргументы и точки зрения современников того периода см.: Haines C.G. The American Doctrine of Judicial Supremacy. 2d ed. 1932; Boudin Louis B. Government by Judiciary, 2 vols. New York, 1932.

¹¹ Gunther G. Constitutional Law. 11th ed. 1985. P. 130.

¹² См.: United States v. Butler, 297 U.S. 1, 62 (1936).

связанным с применением I и IV поправок (к Конституции США), а в научной литературе можно найти указание на то, что сложившееся в США конституционное обоснование судебных актов является «юриспруденцией интересов»¹⁶.

Сколько-нибудь сложившегося определения баланса как способа (метода) принятия юридического решения в научной литературе выделить не удастся, хотя подходы, сложившиеся в разное время и в различных правовых системах демонстрируют сущностное единство (это утверждение мы считаем справедливым и в том случае, когда авторы пытаются выразить идею баланса с привлечением символических или формульных выражений¹⁷). В англоязычной литературе удачным признается определение А. Алейникоффа, полагающего, что метод баланса относится к методам конституционного толкования, которые основаны на идентификации, оценке и сравнении конкурирующих интересов. Данный метод получает свое выражение в судебном мнении, в котором имеющий конституционное значение вопрос рассматривается путем определения интересов, связанных с данным делом, явного или не явного определения ценности выявленных интересов и формирования на этой основе конкретного решения или имеющего общее (конституционное) значение правила¹⁸. По мнению Р. Алекси, баланс необходим именно тогда, когда имеются противоположные основания (ценности), которые по отдельности представляют собой базу для принятия решения и лишь постольку не ведут к определенному решению напрямую, поскольку существуют другие основания (ценности), требующие иного решения¹⁹. Соответственно, балансировка в применении двух конкурирующих принципов или ценностей может быть разбита на три этапа. Первый этап заключается в установлении степени возможного ущерба первому принципу или ценности при реализации конкурирующего с ним. Затем следует второй этап, на котором устанавливается важность реализации конкурирующего (второго) принципа. Наконец, на третьем этапе устанавливается, оправдывает ли важность соблюдения второго принципа возможный или реальный ущерб первому²⁰. Рассматривая метод баланса как важную составляющую (критерий) общей методологии пропорциональности при регулировании прав и свобод человека и принятии юридически значимых решений в сфере прав человека, А. Барак полагает, что этот методологический инструмент состоит из следующих компонентов: надлежащая цель регулирования (не каждая цель оправдывает вторжение в сферу конституционных прав), рациональная связь между целью и средствами, которые закон установил для достижения цели (есть рациональные основания тому, что использование данных средств приведет к реализации цели закона) и правильная связь между выгодой, полученной от реализации цели, и ущербом, причиненным конституционному праву (достижение

надлежащей цели рациональными средствами, которые должны быть наименее ограничивающими в достижении цели и не должны привести к несоразмерному ограничению прав человека)²¹. В практике ЕСПЧ встречаются позиции о том, что правовая защита прав и законных интересов субъектов правоотношений должна осуществляться на основе баланса конституционных ценностей. Баланс можно считать справедливым, когда ни одной из этих ценностей не отдается безусловный приоритет, а действие одного принципа (ценности, права) создает имманентные пределы для другого принципа (права или конституционной ценности). Такой подход можно видеть, к примеру, в Постановлении и Европейского Суда по правам человека от 19 февраля 1998 г. по делу «Боуман против Соединенного Королевства» (*Bowman v. U.K.*), к которому иногда апеллирует и Конституционный Суд РФ. Председатель (1985–1998 гг.) Европейского Суда по правам человека Рольв Риссдал писал о том, что «темой, которая проходит через Конвенцию и ее прецедентное право, является необходимость достижения баланса между общими интересами общества и защитой основных прав человека»²². Таким образом, баланс приобрел статус общего принципа как метод толкования положений Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и как метод выработки судебного решения Европейским Судом по правам человека. В отечественной правовой мысли следует сослаться на позицию Н.С. Бондаря, который в своем особом мнении по Постановлению Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П отмечает: «Идея баланса конституционных ценностей, которая как конституционный принцип и как методологический прием... предполагает, в частности, необходимость взвешивания вступивших в противоречие (конфликт) в рамках конституционно-правового спора конституционных ценностей и определение сообразно их конституционному весу соотношения, которым и обуславливается содержание правового регулирования конкретной сферы общественных отношений. При этом каждая из конституционных ценностей, между которыми возникла коллизия, должна быть сохранена в рамках существующего конституционно-правового противоречия, которое не обязательно должно преодолеваться путем устранения данного противоречия»²³.

В конституционном праве Российской Федерации метод баланса также эволюционировал, причем стремительно. Появившись в середине 90-х годов в решениях Конституционного Суда РФ в своем изначальном «узком» смысле как один из методологических приемов разрешения правового спора в порядке конституционного нормоконтроля, баланс в XXI в. приобрел в практике Конституционного Суда РФ значение едва ли не фундаментальной идеи, обладающей самостоятельным правовым значением,

¹⁶ *Antieau Chester James*. The Jurisprudence of Interests as a Method of Constitutional Adjudication, 27 Case W. Res. L. Rev. 823 (1977). URL: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol27/iss4/10>

¹⁷ Помимо известной «формулы взвешивания» Р. Алекси есть и иные схожие разработки. К примеру, см.: *Veel Paul-Erik N*. Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making // Law and Ethics of Human Rights. Is. 4 (2), 2010. P. 178–228.

¹⁸ См.: *Aleinikoff T.A*. Op. cit. P. 945.

¹⁹ См.: *Алекси Р*. Указ. соч. С. 103.

²⁰ См.: *Alexy R*. Op. cit. P. 575.

²¹ Последний компонент у А. Барака и рассматривается как собственно balancing (см.: *Barak Aharon*. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge, 2012. P. 340–349).

²² *Ryssdal R*. Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights // EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW. 1996. P. 26.

²³ Особое мнение судьи Н.С. Бондаря к Постановлению Конституционного Суда РФ от 23.01.2007 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положений п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 ГК РФ в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макева.

формирующей особый предмет деятельности органа конституционного правосудия²⁴ и, по мнению некоторых ученых, претендующей на статус системообразующей для целей формирования конституционной идеологии²⁵. В определенной степени обоснованность таких претензий связана с тем, что концептом понятия «баланс» охватываются ключевые элементы конституционного правопорядка, в т.ч. его «несущие конструкции» — принципы, ценности, нормы. В научной литературе можно встретить мнение, что баланс общественных отношений отражает миссию права в целом (в её наиболее предельном, философско-правовом, понимании)²⁶.

Между тем в отечественной и зарубежной юридической мысли метод баланса подвергается существенной критике. С формальной точки зрения следует ответить на вопрос: дает ли сама конституция достаточно оснований для балансировки в понимании и применении ее принципов? Ответ на данный вопрос в любом случае будет иметь субъективный характер, но сошлемся на мнения судей, представляющих различные правопорядки. Так, судья А.Л. Кононов в особом мнении к Постановлению Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 г. № 9-П подчеркивает: «Употребляемая неоднократно Конституционным Судом РФ формула о балансе частных и публичных интересов, по нашему мнению, искажает шкалу конституционных ценностей, поскольку баланс предполагает нивелирование, уравнивание, равнозначность интересов отдельной личности и государства, что заведомо ставит личность в подчиненное и незащищенное положение, деформирует само понятие правового государства. Конституция РФ говорит не о балансе, а о предпочтении гуманитарных ценностей»²⁷.

В свою очередь, судья Верховного суда США П. Стюарт в особом мнении по делу *Pittsburgh Press v. Pittsburgh Human Relations Commission* отмечает: «До тех пор, пока члены этого Суда рассматривают Первую поправку как не более чем набор “ценностей”, которые должны быть сбалансированы с другими “ценностями”, эта Поправка будет оставаться под серьезной угрозой... <...>. Те, кто считает, что Первая поправка может и должна быть подчинена другим общественным интересам, будут приветствовать сегодняшнее решение. Но я нахожу такой подход опасным»²⁸.

Парадокс конституционного балансирования, пожалуй, лучше всего выразил А. Скалиа в своем известном высказывании о том, что балансировка, уравнивание

конкурирующих конституционных ценностей похоже на определение «является ли данная конкретная линия длиннее, чем тот конкретный камень тяжелее»²⁹. Собственно, тезис о том, что балансирование конституционных принципов и ценностей требует от суда «измерить неизмеримое и сравнивать несравнимое»³⁰, есть основной аргумент противников метода балансировки.

Сам по себе подход, основанный на ценностных сопоставлениях и измерениях в связи с целями конституционного правоприменения, вызывает большие затруднения хотя бы по той причине, что понятие ценности относится к числу междисциплинарных, причем понимаемых по-разному не только в разных дисциплинах (философии, социологии, психологии, экономике, юриспруденции и т.д.), но и в рамках каждой из них, и чтобы хоть как-то операционализировать понятие ценности, необходима работа по определению «системы координат»³¹.

Как подчеркивает С.А. Белов, ценностный выбор между применяемыми правовыми принципами может быть аргументирован определенными доводами, ссылками на конкретные обстоятельства, но он не может быть доказан. В конституционном судебном процессе предмет рассмотрения конституционного суда главным образом сводится к вопросу о содержании норм конституции и того акта, который проверяется на соответствие конституции. В результате стороны и другие участники конституционного процесса лишены необходимости представления доказательств, подтверждающих фактические обстоятельства. Они излагают свою правовую позицию, могут приводить аргументы, свидетельствующие об определенном толковании оспариваемого нормативного положения при его утверждении или при его применении, и даже представлять материалы, обосновывающие необходимость придания конкретного смысла положениям конституции (например, материалы толкования аналогичных положений международными судами). Таким образом,

²⁹ *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enter., Inc.*, 486 U.S. 888, 897 (1988).

³⁰ *Laurent B. Frantz. Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson* // 51 CALIF. L. REV. 729, 748 (1963); *Urbina, Francisco J. A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge, 2017.

³¹ Д.А. Леонтьев выделяет шесть эвристических развилок в построении понятия ценности: а) ценность может выступать как объект или как атрибут объекта, соответственно, объект может быть ценностью или иметь ценность; б) ценностью признаются объекты, обладающие какой-либо полезностью (экономический, утилитаристский взгляд) либо ценностью признаются особые объекты, обладающие (в представлениях людей) неким статусом; в) ценности являются индивидуальными или надиндивидуальными (впрочем, эти два смысла не обязательно должны исключать друг друга); г) признание надындивидуальной природы ценностей ставит вопрос о том, онтологизируются ли они как трансцендентные сущности или социологизируются как порождение социальных общностей; д) признание индивидуальной формы существования ценностей ставит вопрос о том, являются ли они структурами сознания (представлений) или личности (и мотивации). Эта дихотомия проявляется, в частности, в терминологическом разведении ценностей и ценностных ориентаций; е) социальная трактовка ценностей ставит вопрос об их понимании как неких эталонов (норм, стандартов) или идеалов (векторов, задающих направление, но не конкретные цели и тем более содержание действий) (см.: *Леонтьев Д.А. Ценности общества и ценности личности*. Тезисы доклада. URL: <http://iphras.ru/page52169422.htm>).

²⁴ См.: *Сивицкий В.А.* Баланс конституционных ценностей как предмет и метод деятельности Конституционного Суда Российской Федерации // *Компромисс в праве: теория, практика, техника: сб. ст. по материалам Междунар. науч.-практ. конф. (г. Н. Новгород, 29–30 мая 2014 года)*. Н. Новгород, 2014. Т. 2. С. 290–299.

²⁵ См.: *Хорунжий С.Н.* Конституционная идеология баланса конституционных ценностей // *Юридическая гносеология*. 2016. № 3. С. 78–85.

²⁶ См.: *Шугуров М.В.* Баланс и дисбаланс как категории правовой реальности: системно-синергетический подход // *Росс. журнал правовых исследований*. 2016. № 1(6). С. 88.

²⁷ Особое мнение судьи А.Л. Кононова к Постановлению Конституционного Суда РФ от 14.07.2005 г. № 9-П по делу о проверке конституционности положений ст. 113 НК РФ в связи с жалобой гражданки Г.А. Поляковой и запросом ФАС Московского округа.

²⁸ *Pittsburgh Press v. Pittsburgh Human Relations Commission*. 413 U.S. 376 (1973). P. 402, 403.

никакое толкование не будет истинным или ложным *in abstracto* за пределами мнения конституционного суда, подерживающего тот или иной вариант толкования. Не существует никакого способа верификации правильности мнения конституционного суда, следовательно, его выбор не может быть ни истинным, ни ложным, и конституция становится исключительно тем, «что о ней скажут судьи»³².

Практика Конституционного Суда РФ дает немало поводов согласиться с представленными выше суждениями. Будь то баланс между интересами несовершеннолетнего-получателя алиментных выплат и его родителя-плательщика³³, баланс между ценностями образования и долга защиты Отечества³⁴, баланс между обязанностью воспитывать детей и воинской службой³⁵ – применяемые Конституционным Судом РФ алгоритмы поиска ценностного баланса более чем оспоримы, тем более что в ряде случаев мы можем видеть убедительное обоснование альтернативной логики поиска баланса³⁶.

Подчеркнем, что предпосылкой поиска баланса конституционных ценностей выступает обоснованная уверенность в объективном ценностном значении тех социальных факторов, которые кладутся судом «на чашу весов». Как минимум презумпция конституционно-правового измерения социальных ценностей предполагает ответ на возникающие в этой связи предметные вопросы: в какой форме таковая ценность получила закрепление или признание в социальных практиках (ведь если есть содержание в виде определенных алгоритмов социального поведения, значит, у этого содержания не может не быть той или иной социальной формы) с учетом многонациональной и многоконфессиональной природы российского народа? Каковы социальные (подчеркнем – не юридические) механизмы распространения и воспроизводства данной ценностной модели в обществе и механизмы, посредством которых

³² Белов С.А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве // Правоведение. 2014. № 5 (316). С. 232.

³³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20.07.2010 г. № 17-П по делу о проверке конституционности п/п. «з» п. 2 Перечня видов заработной платы и иного дохода, из которых производится удержание алиментов на несовершеннолетних детей, в связи с жалобой гражданина Л.Р. Амаякяна // Росс. газ. 2010. 28 июля.

³⁴ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 05.03.2013 г. № 353-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Капаева Александра Владимировича и Цветкова Александра Олеговича на нарушение их конституционных прав положением п/п. «а» п. 2 ст. 24 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» // В официальных документах не публиковалось.

³⁵ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 г. № 187-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Маркина Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями ст. 13 и 15 Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», ст. 10 и 11 Федерального закона «О статусе военнослужащих», ст. 32 Положения о порядке прохождения военной службы и п. 35 и 44 Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей // В официальных документах не публиковалось.

³⁶ См.: Особое мнение судей Конституционного Суда РФ К.В. Арановского и Г.А. Гаджиева на Определении Конституционного Суда РФ от 05.03.2013 г. № 353-О // В официальных документах не публиковалось.

при необходимости можно было бы апеллировать к понуждению следовать данной модели (без этого содержащийся в судебном решении ценностный баланс рискует оказаться в положении *nudum jus*)? Как представляется, ответ на указанные вопросы не может иметь метаюридического характера, наподобие «это общепризнанно».

По всей видимости, в полемике между Р. Алекси и А. Барак следует признать обоснованность позиции о дискуссионности перенесения баланса (пропорциональности) ценностей в сугубо конституционную плоскость (А. Барак)³⁷ хотя бы по той причине, что конституционное право пока не готово к ответственности за констатацию ценностного баланса и обеспечение его легитимности в обществе. Очевидно, что проблема дефицита теоретической и методологической проработки рассматриваемых вопросов требует консолидации усилий юридического сообщества по поиску решений.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. М., 2011. С. 16, 103.
2. Басу Д.Д. Основы конституционного права Индии. М., 1986. С. 245, 246.
3. Белов С.А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве // Правоведение. 2014. № 5 (316). С. 232.
4. Леонтьев Д.А. Ценности общества и ценности личности. Тезисы доклада. URL: <http://iphras.ru/page52169422.htm>
5. Сивицкий В.А. Баланс конституционных ценностей как предмет и метод деятельности Конституционного Суда Российской Федерации // Компромисс в праве: теория, практика, техника: сб. ст. по материалам Международ. науч.-практ. конф. (г. Н. Новгород, 29–30 мая 2014 года). Н. Новгород, 2014. Т. 2. С. 290–299.
6. Хорунжий С.Н. Конституционная идеология баланса конституционных ценностей // Юридическая гносеология. 2016. № 3. С. 78–85.
7. Шугуров М.В. Баланс и дисбаланс как категории правовой реальности: системно-синергетический подход // Росс. журнал правовых исследований. 2016. № 1(6). С. 88.
8. Aleinikoff T.A. Constitutional Law in the Age of Balancing, 96 Yale L.J. (1987). P. 945, 948, 949. URL: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol96/iss5/1>
9. Alexy R. Balancing, constitutional review, and representation // International Journal of Constitutional Law. Vol. 3. Issue 4. 1 October 2005. P. 573, 575. URL: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>
10. Alexy R. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak // International Journal of Constitutional Law. Vol. 16. Issue 3. 9 November 2018. P. 871–879.
11. Antieau Chester James. The Jurisprudence of Interests as a Method of Constitutional Adjudication, 27 Case W. Res.

³⁷ См.: Alexy R. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak // International Journal of Constitutional Law. Vol. 16. Issue 3. 9 November 2018. P. 871–879.

- L. Rev. 823 (1977). URL: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol27/iss4/10>
12. *Barak Aharon*. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge, 2012. P. 340–349.
 13. *Benvindo J.Z.* Balancing Within the Context of German Constitutionalism: The Bundesverfassungsgericht's Shift to Activism / chapter from: On the limits of constitutional adjudication: Deconstructing balancing and judicial activism. 2010. P. 31–81.
 14. *Dickinson J.* The Law behind the Law // Columbia Law Review. 1929. No. 3. P. 296–315.
 15. *Faigman David L.* Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication, 88 Nw. U.L. Rev. 641. 1994. URL: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/870.
 16. *Gunther G.* Constitutional Law. 11th ed. 1985. P. 130.
 17. *Haines C.G.* The American Doctrine of Judicial Supremacy. 2d ed. 1932; *Boudin Louis B.* Government by Judiciary, 2 vols. New York, 1932.
 18. *Kommers Donald P.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, 1997. P. 315–318.
 19. *Laurent B. Frantz*. Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson // 51 CALIF. L. REV. 729, 748 (1963).
 20. Paradoxes of Legal Science by Benjamin N. Cardozo: Review / by Rousseau A. Burch // Michigan Law Review. Vol. 27. No. 6 (Apr., 1929). P. 637–649.
 21. *Pound R.* Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the individual special case // 35 N.Y. University Law Review. 925 (1960). P. 925.
 22. *Ryssdal R.* Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights // EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW. 1996. P. 26.
 23. *Scanlan Alfred L.* The Passing of Justice Murphy-The Conscience of a Court // 25 NOTRE DAME L. REV. 7, 38 (1949).
 24. *Stevens John Paul.* Judicial Activism: Ensuring the Powers and Freedoms Conceived by the Framers for Today's World // C.B.A. REC., Oct. 16, 2002, at 26.
 25. *Stone H.F.* The Common Law in the United States, 50 HARV. L. REV. 4, 10 (1936). P. 20.
 26. *Urbina, Francisco J.* A Critique of Proportionality and Balancing. Cambridge, 2017.
 27. *Veel Paul-Erik N.* Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making // Law and Ethics of Human Rights . Is. 4 (2), 2010. P. 178–228.
 3. *Belov S.A.* Whether rational discourse to justify the value choice in law // Jurisprudence. 2014. No. 5 (316). P. 232 (in Russ.).
 4. *Leontiev D.A.* Values of society and values of the individual. Thesis of reports. URL: <http://iphras.ru/page52169422.htm> (in Russ.).
 5. *Sivitsky V.A.* Balance of constitutional values as a subject and method of activity of the Constitutional Court of the Russian Federation // Compromise in law: theory, practice, technique: collection of articles based on the materials of the international scientific and practical conference (Nizhny Novgorod, May 29–30, 2014). N. Novgorod, 2014. Vol. 2. P. 290–299 (in Russ.).
 6. *Khorunzhiy S.N.* Constitutional ideology of the balance of constitutional values // Legal epistemology. 2016. No. 3. P. 78–85 (in Russ.).
 7. *Shugurov M.V.* Balance and disbalance as categories of legal reality: system-synergetic approach // Russ. journal of legal research. 2016. No. 1(6). P. 88 (in Russ.).
 8. *Aleynikov T.A.* Constitutional Law in the Age of Balancing, 96 Yale L.J. (1987). P. 945, 948, 949. URL: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol96/iss5/1>
 9. *Alexy R.* Balancing, constitutional review, and representation // International Journal of Constitutional Law. Vol. 3. Issue 4. 1 October 2005. P. 573, 575. URL: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>
 10. *Alexy R.* Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak // International Journal of Constitutional Law. Vol. 16. Issue 3. 9 November 2018. P. 871–879.
 11. *Antieau Chester James.* The Jurisprudence of Interests as a Method of Constitutional Adjudication, 27 Case W. Res. L. Rev. 823 (1977). URL: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol27/iss4/10>
 12. *Barak Aharon*. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge, 2012. P. 340–349.
 13. *Benvindo J.Z.* Balancing Within the Context of German Constitutionalism: The Bundesverfassungsgericht's Shift to Activism / chapter from: On the limits of constitutional adjudication: Deconstructing balancing and judicial activism . 2010. P. 31–81.
 14. *Dickinson J.* The Law behind the Law // Columbia Law Review. 1929. No. 3. P. 296–315.
 15. *Faigman David L.* Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication, 88 Nw. U.L. Rev. 641. 1994. URL: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/870.
 16. *Gunther G.* Constitutional Law. 11th ed. 1985. P. 130.
 17. *Haines C.G.* The American Doctrine of Judicial Supremacy. 2d ed. 1932; *Boudin Louis B.* Government by Judiciary, 2 vols. New York, 1932.
 18. *Kommers Donald P.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, 1997. P. 315–318.
 19. *Laurent B. Frantz*. Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson // 51 CALIF. L. REV. 729, 748 (1963).
 20. Paradoxes of Legal Science by Benjamin N. Cardozo: Review / by Rousseau A. Burch // Michigan Law Review. Vol. 27. No. 6 (Apr., 1929). P. 637–649.

REFERENCES

1. *Alexy R.* The concept and reality of law (reply to legal positivism) / transl. from German A.N. Laptev, F. Kalshoyer; scientific. ed. by T.F. Yakovleva. M., 2011. P. 16, 103 (in Russ.).
2. *Basu D.D.* Constitutional Law of India. M., 1986. P. 245, 246 (in Russ.).

21. *Pound R.* Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the individual special case // 35 N.Y. University Law Review. 925 (1960). P. 925.
22. *Ryssdal R.* Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights // EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW. 1996. P. 26.
23. *Scanlan Alfred L.* The Passing of Justice Murphy-The Conscience of a Court // 25 NOTRE DAME L. REV. 7, 38 (1949).
24. *Stevens John Paul.* Judicial Activism: Ensuring the Powers and Freedoms Conceived by the Framers for Today's World // C.B.A. REC., Oct. 16, 2002, at 26.
25. *Stone H.F.* The Common Law in the United States, 50 HARV. L. REV. 4, 10 (1936). P. 20.
26. *Urbina, Francisco J.* A Critique of Proportionality and Balancing. Cambridge, 2017.
27. *Veel Paul-Erik N.* Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making // Law and Ethics of Human Rights. Is. 4 (2), 2010. P. 178–228.

Сведения об авторе

КЕМРЮГОВ Тенгиз Хатызович — кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного и административного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного аграрного университета; 196601 г. Санкт-Петербург, г. Пушкин, Петербургское шоссе, д. 2

Authors' information

KEMRYUGOV Tengiz Kh. — PhD in Law, associate Professor, head of the Department of Constitutional and Administrative Law, faculty of law, Saint Petersburg state agrarian University; 2 Peterburgskoe shosse, 196601 Saint Petersburg, Pushkin, Russia