

КОНСТИТУЦИОННОЕ ТРЕБОВАНИЕ НЕОБХОДИМОСТИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

А.В. Должиков

Санкт-Петербургский государственный университет, г. Санкт-Петербург, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

9 сентября 2021 г.

Дата принятия в печать –

10 декабря 2021 г.

Дата онлайн-размещения –

20 марта 2022 г.

Ключевые слова

Конституционное правосудие, принцип соразмерности, требование необходимости, метафоры в праве, аргументация по аналогии

Рассматривается требование необходимости – этот элемент соразмерности в истории права известен давно в форме метафор. В таком образном выражении необходимость встречается в доктрине и судебной практике. Применение необходимости в конституционном правосудии отличается юридической методологией. Этот элемент соразмерности подразумевает оценку альтернатив, способных достичь выбранной законодателем цели при наименьшем обременении носителя конституционных прав. Соответственно, в конституционном судопроизводстве применяется метод аналогии, а не традиционный дедуктивный метод юридической квалификации или прием взвешивания интересов. Источниками аналогии могут служить нормы международного права, отраслевые институты и сравнительно-правовые материалы.

THE CONSTITUTIONAL TEST OF NECESSITY: PROBLEM STATEMENT

Aleksei V. Dolzhikov

St. Petersburg University, St. Petersburg, Russia

Article info

Received –

2021 September 9

Accepted –

2021 December 10

Available online –

2022 March 20

Keywords

Constitutional adjudication, proportionality principle, test of necessity, metaphors in law, analogical reasoning

The subject-matter of the research is the constitutional test of necessity. This element of proportionality could be found in doctrine and case-law in the form of metaphors. The necessity as a prong of proportionality consists in testing the available alternatives in comparison with the measures that the legislator has chosen to achieve public aims. The notion of a least restrictive means can be used as a synonym for this element of proportionality. Although this term is cumbersome, it more precisely defines the nature of constitutional litigation, where the admissibility of interference with fundamental rights is assessed.

The purpose of the research is to argue that this element of proportionality implies the assessment of the least restrictive alternatives for the rights-holder in order to achieve the goal chosen by the legislator.

The methodology of research includes the method of analogy. Accordingly, the analogical reasoning is used in constitutional adjudication when testing necessity of legislative measures, but not the methods of logical subsumtion or judicial balancing. The sources of such analogy can be the rules of international law, ordinary legislation and comparative legal materials.

The main results of the research and the scope of their application. The expression necessity is widely used in international law and ordinary legislation. Such approaches are relevant to constitutional adjudication. Thus, the ultima ratio principle, which initially appears in criminal and administrative law, acquires universal application in constitutional justice. This criterion, which requires the use of the most severe legal measures only as a last resort, with the ineffectiveness of softer alternatives, can be extended to the constitutionalization of other branches of legislation.

The test of necessity, which is often expressed in metaphors, in the case-law of constitutional justice is based on the method of analogy. In the decisions of the constitutional justice bodies, the least restrictive means are often mentioned in comparison with those which were originally chosen by the legislator. At the same time, the discovered alternatives should be equally or at least minimally suitable in comparison with the existing legislative solutions. Comparative law, international law, or ordinary legislation are often an auxiliary source for constitutional judges to identify and formulate least restrictive alternatives.

Conclusions. The value of the analogical reasoning, including the appeal of constitutional justice to comparative law materials, lies in the possibility of identifying some experimental legal regimes. Moreover, the perception of specific alternatives, their clarification or modification remains within the discretionary powers of the legislature. Thus, avoiding the well-known counter-majoritarian difficulty, constitutional justice conducts a dialogue with the parliament, and in the end, contributes to the optimal implementation of fundamental rights.

1. Введение

Требование необходимости прямо включено в текст Конституции РФ¹. В силу буквального смысла ч. 3 ст. 55 ограничения конституционных прав допустимы «только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты» значимых целей. Соответственно, наиболее точным термином для этого субпринципа служит понятие необходимости.

Схожая терминология устоялась в немецкой доктрине (нем. *Erforderlichkeit* [1, s. 8; 2, s. 430]). В практике Федерального конституционного суда требование необходимости связывается, в первую очередь, с наличием и оценкой альтернативных средств. В решении от 5 февраля 2002 г., которое касалось налогов на проценты по социальным ипотечным свидетельствам (нем. *Sozialpfandbriefe*), отмечалось, что в сфере жилищной политики «у законодательного органа не возникает обязанности устанавливать какие-либо иные одинаково действенные средства, которые бы не обременяли основные права заявителей или же представляли собой заметно менее обременительные средства. <...> Законодатель в области налогообложения имеет широкую свободу усмотрения в отношении выбора и технического регулирования. В таких делах необходимость меры может отрицаться только тогда, когда предлагаемое в качестве альтернативы менее обременительное вмешательство во всех отношениях является несомненно тем, что позволяет по сути эквивалентно достичь конкретной цели»². По общему правилу представительные органы обладают дискрецией в определении необходимости мер регуляторной политики. Этот элемент соразмерности нарушается в тех случаях, когда обосновываемые заявителем альтернативы равнозначны имеющимся законодательным решениям, но более щадящи для него.

В англоязычной юриспруденции чаще встречается понятие менее обременительного средства или альтернативы (англ. *the Least Restrictive Means* [3]; *the Less-Restrictive-Alternative* [4]; *the Minimal Impairment Test* [5, p. 238]). В соответствии с популярным юридическим словарем тест на менее обременительное средство представляет собой правило, согласно которому «закон или административный акт, основанные даже на легитимном правительственном интересе, должны использоваться способом, который будет защищать индивидуальные гражданские свободы настолько полным образом, насколько это возможно, и должно быть настолько обременительным, насколько это необходимо для достижения легитимной публичной цели»³. Категория «менее обременительное средство» была непосредственно включена в текст Конституции Южно-Африканской Республики от 8 мая 1996 г. (п. «е» ч. 1 ст. 36)⁴. Конечно, такая терминология более громоздка, а потому для удобства вводится сокращение (*LRM*) [6, p. 139]. Это выражение точнее определяет смысл рассматриваемой доктрины. Понятие необходимости проигрывает ему из-за абстрактности и возможного использования в иных смыслах.

Общее правило ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, устанавливающее требование необходимости, находит косвенное выражение в нескольких специальных конституционных нормах. Согласно ч. 3 ст. 35 принудительное отчуждение имущества допустимо лишь для «государственных нужд». Такое ограничение конституционного права частной собственности требует обоснования действительной общественной потребностью при отсутствии менее обременительных для частных лиц средств.

В судебной практике имеются ссылки на требование необходимости без привязки к конституцион-

¹ См.: Конституция РФ от 12 декабря 1993 г. (с изм. от 14 марта 2020 г.) // Российская газета. 1993. 25 дек.

² Beschluss des Zweiten Senats vom 5. Februar 2002, 2 BvR 305, 348/93 [Sozialpfandbriefe] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 2003. Bd. 105. S. 17, 36.

³ Black's law dictionary / ed. in chief B. A. Garner. 8th ed. St. Paul: Thomson / West, 2004. P. 910.

⁴ Constitution of the Republic of South Africa, adopted on 8 May 1996 (as amended 1 February 2013). URL: <https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf> (дата обращения: 01.07.2021).

ному тексту. В соответствии с Постановлением Конституционного Суда РФ от 6 февраля 2018 г. № 6-П государство при установлении налоговой обязанности, посягающей на экономические права, «ограничено требованиями необходимости, справедливости, соразмерности, иными конституционными установлениями»⁵. В этом случае необходимость рассматривается в ряду самостоятельных критериев проверки конституционности законодательства, хотя и не подчиняется родовому принципу соразмерности.

Одновременно в доктрине отсутствуют устоявшиеся подходы к требованию необходимости. Этот элемент соразмерности не пользуется вниманием российских юристов, например, по сравнению с требованием баланса интересов. Причем схожая ситуация отмечается иностранными исследователями. По оценке Алана Сайкса, «несмотря на широкое использование в праве требования о наименее обременительном средстве, его смысл редко исследуется должным образом» [7]. Отчасти этот вывод объясним очевидностью смысла этого понятия, что подтверждается распространением соответствующих метафор.

2. Необходимость как метафора

Необходимость в праве часто выражается в метафорах. Латинская юридическая максима гласит: *mitius imperānti melius parētur* (чем мягче человек приказывает, тем лучше ему повинуются)⁶. Щадящие варианты регулирования поддерживают добросовестное соблюдение правовых норм. В этом плане необходимость противоречит феномену драконовских законов, предусматривающих чрезмерно суровые и безжалостные меры – эту метафору употребил судья Пинту де Альбукерке (Pinto de Albuquerque) по делу, которое касалось разгона мирного митинга полицейскими⁷. Согласно мнению португальского судьи, «нельзя сказать, что действия полиции отвечали тесту на необходимость. Вместо задержания и применения наручников к заявителю, который молчал и бездействовал, без каких-либо признаков угрозы со стороны демонстрантов-социалистов или провокаций со стороны правых демонстрантов, полиция могла держать ситуацию под кон-

тролем и противостоять возможной угрозе менее драконовскими мерами, такими как стратегическое позиционирование между демонстрантами и пристальное наблюдение за развитием ситуации».

Другой метафорой выступает известное определение соразмерности немецким административистом Фритцем Фляйнером, согласно которому «полиция не должна стрелять по воробьям из пушек... Самые суровые средства должны оставаться *ultimo ratio* (последним доводом). Вмешательство полиции должно находиться в соответствии с угрозой, оно должно быть соразмерным» [8, s. 323]. Эта метафора запрещает использовать те публично-правовые меры, которые хотя и пригодны для достижения цели (пушка способна убить птицу), но избыточны и негуманны. Схожая метафора встречается в английской судебной практике. В решении Палаты Лордов Соединенного Королевства от 20 января 1983 г. основной смысл соразмерности был сведен к тому, что «нельзя использовать паровой молот (*steam hammer*) для того, чтобы расколоть орех, если для этого пригоден щелкунчик»⁸.

Еще одной метафорой для рассматриваемого элемента соразмерности служит выработанная в американском конституционализме доктрина «точной подгонки» (англ. *Narrow tailoring*) [9–11]. Наименование этой доктрины отсылает к пошиву одежды: хорошо сшитый костюм требует от портного точной подгонки под фигуру клиента – аналогичным образом правотворческий орган должен под общественно значимую цель разрабатываемого законопроекта «подогнать» конкретное средство. Законодательная мера должна иметь узкоспециализированное действие по отношению к цели. Для конституционного правосудия рассматриваемая доктрина позволяет проверять осуществление индивидуализации избираемых законодателем средств.

Доктрина точной подгонки применяется в практике Верховного Суда США по делам о свободе слова и расовой дискриминации. Смысл этой доктрины заключается в том, что, несмотря на значимость цели, всё же имеются ограничения «в том, каким образом возможно достичь этой цели: средства,

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 6 февраля 2018 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 81 и статьи 123 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой открытого акционерного общества "ТАИФ"» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2018. № 8. Ст. 1272.

⁶ Латинская юридическая фразеология / сост. Б.С. Никифоров. М.: Юридическая литература, 1979. С. 162.

⁷ Постановление Европейского Суда по правам человека от 24 июля 2012 г. по делу «Фабер (Faber) против Венгрии», жалоба № 40721/08 (совпадающее особое мнение судьи Пинту де Альбукерке) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2016. № 3 (27).

⁸ United Kingdom House of Lords, 20 January 1983, "Regina v. Goldstein" // Weekly Law Reports. 1983. Vol. 1. P. 155.

выбранные для достижения заявленной государством цели, должны быть конкретно и точно подобраны для достижения этой цели... [применяясь] гибким, не механистическим образом»⁹.

Доктрина точной подгонки считается дополнением к традиционному требованию необходимости. Иногда исследователи видят разницу между требованиями необходимости и доктриной точной подгонки: «Термин “необходимый” (*necessary*), кажется, требует гораздо большего соответствия между “целями” и “средствами”, чем термин “точно подогнанный” (*narrowly tailored*). Таким образом, применение новой формулировки могло быть способом для Суда заявить, что... “это требование” будет более мягким и более основанным на фактах» [12, р. 655]. Тем самым доктрина точной подгонки не исключает изменения интенсивности судебного контроля в зависимости от обстоятельств спора. Именно такой подход выразил судья Верховного суда США Льюис Ф. Пауэлл-мл. (Lewis F. Powell Jr.) в деле, которое касалось квот по приему на работу афроамериканцев в одно из административных ведомств штата Алабама¹⁰. В совпадающем мнении судья подчеркнул, что для соответствия доктрине точной подгонки в этом деле имеют значение следующие пять факторов: «(I) эффективность альтернативных средств; (II) запланированный срок осуществления меры; (III) пропорция между числом подлежащих найму представителей меньшинств, и общей численностью соответствующей социальной группы среди работников; (IV) наличие условий по отказу от мер, если найм работников не может быть осуществлен; и (V) влияние запланированных мер на интересы третьих лиц»¹¹. Отсюда рассматриваемая американская судебная доктрина предполагает оценку имеющихся альтернатив, а также может потребовать гибкого учета материальных, временных, персональных и иных пределов действия соответствующих законодательных мер. Рассмотренные метафоры, красочно обозначая требование необходимости, обращают внимание на метод аналогии в конституционном правосудии.

3. Метод аналогии

Требование необходимости отличается используемой юридической методологией. При его проверке в дополнении к дедуктивному методу используется аргументация по аналогии. В англоязычной доктрине этот тип аргументов считается главным в праве, затрагивая доктрину судебного прецедента [13–15]. Обращение к прежним судебным решениям для разрешения нового спора сводится к обоснованию сходства и различия между ними. Однако некоторые американские исследователи подчеркивают недопустимость отождествления аналогии исключительно с вопросами прецедента [16].

В российской доктрине аналогия права в силу прямо нормативного признания (запрета)¹² считается одним из средств устранения пробелов в законодательстве [17]. Такое использование аналогии во многом является способом преодоления крайнего позитивизма, а по сути служит камуфляжем судебного нормотворчества. Причем сам по себе метод аналогии в континентальной традиции отличается от привычной механической юриспруденции. В этой связи заслуживает внимания рассуждения Зденека Кюна о трансформации судебного стиля в постсоциалистических странах. «Мы можем выявить определенную тенденцию, – считает судья Высшего Административного Суда Чехии, – от использования дедуктивной логики к дискурсивной аргументации; от закрытой к более “открытой” форме судебного мышления; от тенденции простого авторитета судебного органа к диалогическому выбору между несколькими возможными альтернативами» [18, р. 538]. В постсоциалистическом контексте, если судья осуществляет выбор из различных альтернатив или обращается к образным сравнениям, это указывает на его свободу по сравнению с привычным формализмом.

В конституционном правосудии в силу абстрактности принципов и норм основного закона судьи чаще переходят от дедуктивного метода к аналогии. Справедливо отмечается, что обращение к аналогии в конституционном правосудии имеет от-

⁹ United States Supreme Court, decided June 23, 2003 «Grutter v. Bollinger et al» No. 02-241 // United States Supreme Court Reports. 2003. Vol. 539. P. 333, 334.

¹⁰ См.: United States Supreme Court, United States v. Paradise, decided February 25, 1987, No. 85-999 // United States Supreme Court Reports. 1987. Vol. 480. P. 149.

¹¹ Ibid. P. 187.

¹² См.: п. 1 ст. 6 Гражданского кодекса РФ (ч. I) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 28 июня 2021 г.) (Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301), ч. 2 ст. 3 Уголовного кодекса РФ от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 1 июля 2021 г.) (Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954).

ношение не только к проблеме прецедента, но и касается использования иностранной судебной практики [19, с. 222]. Наряду с формой права нужно подчеркнуть содержательные вопросы такой аргументации. Обоснование по аналогии означает поиск и оценку имеющихся альтернатив. Сравнение сходства и различия аналогичных средств позволяет отобрать гуманные альтернативы.

Метод аналогии частично устраняет один из недостатков необходимости. По мнению Эвы Бремс и Лоуренса Лаврисена, вопрос о наименее обременительном средстве является чисто гипотетическим: «Может быть очень сложно установить, является ли альтернатива менее ограничивающей, особенно потому, что... она включает в себя сравнение *in concreto* преимуществ и недостатков альтернативных средств, которые по определению в действительности еще не были одобрены» [6, р. 143]. Аргументация по аналогии исключает чисто спекулятивное рассуждение, хотя и основывается на чужом юридическом опыте. Подобное устранение эмпирической проблемы повышает значение вопроса об относимости заимствуемого опыта. Вспомогательным средством для аналогии в конституционном правосудии выступает международное право и отраслевое регулирование. Рассмотрим эти источники более подробно.

4. Необходимость в международном праве

В конституционном правосудии необходимость можно применять с учетом подходов международного права. Достаточно разработаны универсальные нормы этого элемента соразмерности в отношении использования силы государством [20; 21]. В таком качестве на необходимость сослался судья В.О. Лучин в «чеченском» деле¹³. Согласно особому мнению судьи, «экстраординарная» ситуация в Чечне диктовала «необходимость восстановления конституционного строя в республике. Однако какой бы ни была эта ситуация... использованию Вооруженных Сил при разрешении внутренних конфлик-

тов (тем более – неправомерному!) всегда существует альтернатива, сохраняется возможность мирных переговоров, компромиссов, политических решений»¹⁴. Несмотря на чрезвычайную ситуацию наряду с использованием вооруженных сил во внутреннем конфликте существовали альтернативы, которые были гуманнее для граждан.

Для конституционного правосудия применимы подходы к этому элементу соразмерности в праве Совета Европы [6; 22]. Так, Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (далее – ЕКПЧ)¹⁵ в нескольких нормах использует выражение «необходимость в демократическом обществе» (ст. 6, 8–11, ст. 1 Протокола № 1, ст. 2 Протокола № 4, ст. 2 Протокола № 7). Причем необходимость в практике Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ), по сути, тождественна соразмерности в целом. Немецкие исследователи полагают, что «постепенно ЕСПЧ расширил смысл этой фразы как охватывающую принцип соразмерности, отметив, что прилагательное “необходимый” (*necessary*) не является синонимом слова “обязательный” (*indispensable*)» [23, р. 53].

Нормативным основанием для необходимости служит п. «b» ч. 3 ст. 4 ЕКПЧ, согласно которому допускается отказ на основании убеждений от обязательной военной службы. В этой норме устанавливается альтернативное, менее обременительное ограничение свободы труда и свободы религии. Изначально ЕСПЧ признавал альтернативную службу только в отношении государств, которые законодательно предусмотрели такую возможность. Однако впоследствии был сделан вывод, что «почти во всех государствах – членах Совета Европы, где имелась либо до сих пор имеется обязательная военная служба, были предоставлены альтернативы такой службе для устранения возможного конфликта между убеждениями отдельных граждан и их воинской обязанностью. Следовательно... государство должно доказать, что вмешательство отвечает “насто-

¹³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 31 июля 1995 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности Указа Президента Российской Федерации от 30 ноября 1994 года № 2137 “О мероприятиях по восстановлению конституционной законности и правопорядка на территории Чеченской Республики”, Указа Президента Российской Федерации от 9 декабря 1994 года № 2166 “О мерах по пресечению деятельности незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и в зоне осетино-ингушского конфликта”, Постановления Правительства Российской Федерации от 9 декабря 1994 года № 1360 “Об обеспечении государственной безопасности и территори-

альной целостности Российской Федерации законности прав и свобод граждан, разоружения незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и прилегающих к ней регионов Северного Кавказа”, Указа Президента Российской Федерации от 2 ноября 1993 года № 1833 “Об Основных положениях военной доктрины Российской Федерации”» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 33. Ст. 3424.

¹⁴ См.: Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1995. № 5.

¹⁵ URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf (дата обращения: 01.07.2021).

ятельной общественной потребности»¹⁶. Отсюда наличие альтернатив для серьезного вмешательства в индивидуальную свободу связывается с оценкой реальных нужд общества. Указание на менее обременительные средства служит диалогу международных и национальных судов. В целом анализ принципов и норм международного права позволяет установить стандарты прав человека в конкретной сфере. В случае всеобщего признания государствами или складывающегося консенсуса в отдельном регионе такие стандарты определяют минимум гарантий основополагающих прав, ниже которого будет нарушаться требование необходимости.

5. Необходимость в отраслевом законодательстве

Источником аналогии в конституционном судопроизводстве могут служить отраслевые нормы. Сама идея необходимости не является изобретением конституционализма. Достаточно емкое определение этой юридической категории можно найти уже в римском праве – *necessarium est quod non potest aliter se habere* (то необходимо, что не может быть иначе)¹⁷. В данном случае необходимость заключается в отсутствии альтернатив в правовом регулировании. Схожее нормативное выражение рассматриваемого понятия встречается сейчас в отраслях публичного и частного права.

5.1. Уголовная политика

Необходимость в сфере уголовной политики проявляется в гуманизации уголовных и уголовно-процессуальных мер. По мнению А.И. Александрова, «гуманная уголовная политика и уголовный процесс – это атрибут правового государства, которое ставит в центр общественной жизни человека, его потребности, интересы, права и свободы» [24, с. 416]. Для законодателя гуманизация «криминальных» отраслей означает сокращение произвольного обращения к абстрактной социальной необходимости для введения суровых уголовно-правовых мер. С точки зрения граждан рассматриваемый элемент соразмерности состоит в минимизации репрессивного вмешательства в их индивидуальную свободу. К при-

меру, Конституционный Суд РФ считает домашний арест мерой пресечения, «более гуманной по сравнению с заключением под стражу»¹⁸.

В практике конституционного правосудия уголовные и уголовно-процессуальные средства определяются в качестве крайних средств (*ultimo ratio*), ограничивающих конституционные права граждан. В соответствии с правовой позицией Конституционного Суда РФ «уголовное законодательство является по своей природе крайним (исключительным) средством, с помощью которого государство реагирует на факты противоправного поведения в целях охраны общественных отношений, если она не может быть обеспечена должным образом с помощью правовых норм иной отраслевой принадлежности»¹⁹. Эта правовая позиция обращает внимание на общеправовой принцип *in dubio mitius* (в случае сомнения в пользу мягкого) [25, с. 144]. Еще Е.В. Васковский относил к числу «идеальных» (законами позитивно не сформулированных) принципов толкования наряду с требованиями справедливости и целесообразности тенденцию к милостивому нормированию отношений между гражданами. По мнению дореволюционного юриста, принцип наиболее милостивого толкования заключается в том, что «закон не должен подвергать граждан излишним стеснениям и строгостям» [26, с. 84]. Причем сферой применения этого принципа считалось не только уголовно-правовая сфера, но и гражданское право. В схожем смысле в современной доктрине уголовного права понимается принцип «наиболее мягкого толкования», согласно которому «в сомнительных случаях уголовный закон толкуется наименее репрессивно» [27, с. 351, 353]. Следовательно, требованию необходимости отвечают более гуманные альтернативы по сравнению с имеющимися уголовно-правовыми средствами.

В области уголовной политики необходимость выражается в запрете общего и неизбирательного правового регулирования. Этот аспект соразмерности получил нормативное закрепление на заре становления конституционализма. Уже в ст. 10 Декларации

¹⁶ Постановление Европейского Суда по правам человека от 7 июля 2011 г. по делу «Баятян (Bayatyan) против Армении», жалоба № 23459/03 (п. 123) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2016. № 5 (29).

¹⁷ Латинская юридическая фразеология. С. 166.

¹⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2011 г. № 27-П «По делу о проверке конституционности статьи 107 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Эстонской Рес-

публики А.Т. Федина» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 51. Ст. 7552.

¹⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2017 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 212-1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина И.И. Дадина» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2017. № 9. Ст. 1422.

ции прав штата Вирджинии от 12 июня 1776 г. было установлено, что «общие ордера, в соответствии с которыми офицеру или посыльному может быть предписано обыскать подозрительные места без доказательств факта совершения преступления или задерживать любое лицо или лиц, не названных по имени или чье преступление не описано конкретно и не подтверждено доказательствами, являются вредными (*grievous*) и репрессивными и не должны быть предоставлены»²⁰. Аналогичная норма была предусмотрена ст. XXIII Декларации прав штата Мэриленд 1776 г.²¹

Похожие рассуждения можно обнаружить в особом мнении А.Л. Кононова по делу о доступе гражданина к сведениям о проводимых в отношении него оперативно-розыскных мероприятиях²². Судья обратил внимание, что «всякое вмешательство... должно быть строго выборочным, а не общесоискowym. Оно не может носить всеобщий, тотальный характер, подвергая сомнению всякое лицо и подозревая его в причастности к правонарушению»²³. Используемая конституционным судьей фразеология связывает общие запреты с опасностями возврата тоталитаризма. Следовательно, неизбирательные и неиндивидуализированные по персональным или предметным пределам уголовно-правовые меры противоречат требованию необходимости.

5.2. Частное право

В частном праве идея необходимости выражена в способах осуществления и защиты субъективных гражданских прав. Согласно ст. 14 Гражданского кодекса РФ «способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения». Это норма не только прямо устанавливает требование необходимости, но и связывает его с понятием соразмерности. Более детально необходимость в цивилистике выражается в деликтных обязательствах применительно к состоянию необходимой обороны (ст. 1066 Гражданского кодекса РФ²⁴) и крайней необходимости (ст. 1067). В этой связи интересно отождествление крайней необходимости в ч. 1 ст. 1067 Гражданского

кодекса РФ с причинением вреда в условиях опасности, которая не могла быть устранена иными средствами. Эта норма предписывает судам возложить обязанность возмещения вреда на третье лицо либо освободить от возмещения полностью или частично, но с учетом обстоятельств его причинения. Следовательно, судьи вправе устанавливать альтернативные средства в конкретном деле.

В этой связи заслуживают внимания рассуждения Г.А. Гаджиева, который связывает понятие крайней необходимости в частном праве с соразмерностью: «В состоянии крайней необходимости также происходит столкновение интересов, защита которых важна, социально значима. Лицо, действующее в состоянии крайней необходимости, во имя спасения интереса, который кажется более социально значимым, “жертвует” менее значимым интересом...» [28, с. 23]. Несмотря на очевидность таких выводов, необходимость редко воспринимается в российском частном праве в качестве элемента соразмерности.

6. Выводы

Требование необходимости как элемент принципа соразмерности состоит в проверке органами конституционного правосудия имеющихся альтернатив по сравнению с теми средствами, которые законодатель избрал для достижения публичных целей. В качестве синонима рассматриваемого элемента соразмерности может использоваться понятие менее обременительного средства. Требование необходимости, которые часто выражаются в образных сравнениях, в практике конституционного правосудия основывается на методе аналогии. Категория «необходимость» широко используется в отраслевом законодательстве и международном праве, откуда могут быть позаимствованы релевантные для конституционного правосудия подходы. Ценность метода аналогии, включая обращение конституционного правосудия к компаративным материалам, состоит в возможности определении экспериментальных правовых режимов. Восприятие конкретных альтернатив остается в рамках дискреционных полномочий законодателя.

²⁰ The U.S. National Archives and Records Administration. URL: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights> (дата обращения: 01.07.2021).

²¹ Documents in Law, History and Diplomacy // The Avalon Project. URL: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp (дата обращения: 01.07.2021).

²² Определение Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 г. № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона “Об опера-

тивно-розыскной деятельности” по жалобе гражданки И.Г. Черновой» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 34. Ст. 4368.

²³ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1998. № 6.

²⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. II) от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (с изм. от 1 июля 2021 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 5. Ст. 410.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Ress G. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht / G. Ress // Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen / mitverf. H. Kutscher, G. Ress u.a. – Heidelberg : Müller, 1985. – S. 5–51.
2. Voßkuhle A. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit / A. Voßkuhle // Juristische Schulung. – 2007. – Bd. 47. – H. 5. – S. 429–431.
3. Parker R. A. Least Restrictive Means : Paper presented at the Annual Meeting of the Western Speech Communication Association (Spokane, WA, February 17-21, 1989) / R. A. Parker. – 35 p. – URL: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED314764.pdf> (дата обращения: 01.07.2021).
4. Struve G. M. The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process / G. M. Struve // Harvard Law Review. – 1967. – Vol. 80, № 7. – P. 1463–1488.
5. Magnet J. E. Constitutional law of Canada: cases, notes and materials / J. E. Magnet. – 8th ed. – Edmonton : Juriliber, 2001. – Vol. 2. – 940 p.
6. Brems E. 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights / E. Brems, L. Lavrysen // Human Rights Law Review. – 2015. – Vol. 15, № 1. – P. 139–168. – DOI: 10.1093/hrlr/ngu040.
7. Sykes A. O. The Least Restrictive Means / A. O. Sykes // The University of Chicago Law Review. – 2003. – Vol. 70, № 1. – P. 403–419. – DOI: 10.2307/1600566.
8. Fleiner F. Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts / F. Fleiner. – Tübingen : Mohr, 1911. – 358 s.
9. Ayres I. Narrow tailoring / I. Ayres // UCLA Law Review. – 1995. – Vol. 43, № 6. – P. 1781–1838.
10. Bunker M. D. The jurisprudence of precision: Contrast space and narrow tailoring in First Amendment doctrine / M. D. Bunker, E. Erickson // Communication Law and Policy. – 2001. – Vol. 6, № 2. – P. 259–285. – DOI: 10.1207/S15326926CLP0602_1.
11. Shumway S. K. In Defense of Narrow Tailoring / S. K. Shumway // Brigham Young University PreLaw Review. – 2005. – Vol. 19, № 1. – P. 13–18.
12. Arroyo L. A. S. Tailoring the Narrow Tailoring Requirement in the Supreme Court's Affirmative Action Cases / L. A. S. Arroyo // Cleveland State Law Review. – 2010. – Vol. 58. – P. 649–684.
13. Marchant G. The use of analogy in legal argument: Problem similarity, precedent, and expertise / G. Marchant, J. Robinson, U. Anderson, M. Schadewald // Organizational Behavior and Human Decision Processes. – 1993. – Vol. 55, № 1. – P. 95–119. – DOI: 10.1006/obhd.1993.1026.
14. Sherwin E. A defense of analogical reasoning in law / E. Sherwin // University of Chicago Law Review. – 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1179–1198. – DOI: 10.2307/1600365.
15. Sunstein C. R. On analogical reasoning / C. R. Sunstein // Harvard Law Review. – 1993. – Vol. 106, № 3. – P. 741–791. – DOI: 10.2307/1341662.
16. Schauer F. Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy / F. Schauer // Perspectives on Psychological Science. – 2008. – Vol. 3, № 6. – P. 454–460. – DOI: 10.1111/j.1745-6924.2008.00090.x.
17. Хачатуров Р. Л. Аналогия в праве / Р. Л. Хачатуров // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. – 2009. – № 5. – С. 129–132.
18. Kühn Z. Worlds apart: Western and Central European judicial culture at the onset of the European enlargement / Z. Kühn // The American Journal of Comparative Law. – 2004. – Vol. 52, № 3. – P. 531–567. – DOI: 10.2307/4144478.
19. Блохин П. Д. Обоснование по аналогии в конституционно-правовых спорах / П. Д. Блохин // Аргументация в праве и морали : моногр. / под ред. Е. Н. Лисанюк. – СПб. : Алеф-Пресс, 2018. – С. 212–224.
20. Gardam J. G. Necessity, proportionality, and the use of force by states / J. G. Gardam. – Cambridge : Cambridge University Press, 2004. – 259 p.
21. Ohlin J. D. Necessity in international law / J. D. Ohlin, L. May. – New York : Oxford University Press, 2016. – 280 p.
22. Gerards J. How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights / J. Gerards // International Journal of Constitutional Law. – 2013. – Vol. 11, № 2. – P. 466–490. – DOI: 10.1093/icon/mot004.

23. European Fundamental Rights and Freedoms / ed. D. Ehlers. – Berlin : De Gruyter, 2007. – 644 p.
24. Александров А. И. Уголовная политика и уголовный процесс в российской государственности: история, современность, перспективы, проблемы / А. И. Александров. – СПб. : Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2003. – 559 с.
25. Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Общая часть / Л. Е. Владимиров. – 2-е изд., доп. – Харьков : Тип. Каплана и Бирюкова, 1888. – 248 с.
26. Васьяковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов : для начинающих юристов / Е. В. Васьяковский. – М. : Городец, 1997. – 128 с.
27. Мадырова А. В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования / А. В. Мадырова. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 405 с.
28. Гаджиев Г. А. О судебной доктрине верховенства права / Г. А. Гаджиев // Сравнительное конституционное обозрение. – 2013. – № 4. – С. 12–25.

REFERENCES

1. Ressler G. The principle of proportionality in German law, in: Kutscher H., Ressler G. et al. (eds.) *The principle of proportionality in European legal systems*, Heidelberg, Müller Publ., 1985, pp. 5–51. (In German).
2. Voßkuhle A. The principle of proportionality. *Juristische Schulung*, 2007, vol. 47, no. 5, pp. 429–431. (In German).
3. Parker R.A. *Least Restrictive Means*, Paper presented at the Annual Meeting of the Western Speech Communication Association (Spokane, WA, February 17-21, 1989). 35 p. Available at: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED314764.pdf> (accessed: July 01, 2021).
4. Struve G.M. The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process. *Harvard Law Review*, 1967, vol. 80, no. 7, pp. 1463–1488.
5. Magnet J.E. *Constitutional law of Canada: cases, notes and materials*, 8th ed. Edmonton, Juriliber Publ., 2001. Vol. 2. 940 p.
6. Brems E., Lavrysen L. 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2015, vol. 15, no. 1, pp. 139–168. DOI: 10.1093/hrlr/ngu040.
7. Sykes A.O. The Least Restrictive Means. *The University of Chicago Law Review*, 2003, vol. 70, no. 1, pp. 403–419. DOI: 10.2307/1600566.
8. Fleiner F. *Institutions of German administrative law*. Tübingen, Mohr Publ., 1911. 358 p. (In German).
9. Ayres I. Narrow tailoring. *UCLA Law Review*, 1995, vol. 43, no. 6, pp. 1781–1838.
10. Bunker M.D., Erickson E. The jurisprudence of precision: Contrast space and narrow tailoring in First Amendment doctrine. *Communication Law and Policy*, 2001, vol. 6, no. 2, pp. 259–285. DOI: 10.1207/S15326926CLP0602_1.
11. Shumway S.K. In Defense of Narrow Tailoring. *Brigham Young University Prelaw Review*, 2005, vol. 19, no. 1, pp. 13–18.
12. Arroyo L.A.S. Tailoring the Narrow Tailoring Requirement in the Supreme Court's Affirmative Action Cases. *Cleveland State Law Review*, 2010, vol. 58, pp. 649–684.
13. Marchant G., Robinson J., Anderson U., Schadewald M. The use of analogy in legal argument: Problem similarity, precedent, and expertise. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1993, vol. 55, no. 1, pp. 95–119. DOI: 10.1006/obhd.1993.1026.
14. Sherwin E. A defense of analogical reasoning in law. *University of Chicago Law Review*, 1999, vol. 66, no. 4, pp. 1179–1198. DOI: 10.2307/1600365.
15. Sunstein C.R. On analogical reasoning. *Harvard Law Review*, 1993, vol. 106, no. 3, pp. 741–791. DOI: 10.2307/1341662.
16. Schauer F. Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. *Perspectives on Psychological Science*, 2008, vol. 3, no. 6, pp. 454–460. DOI: 10.1111/j.1745-6924.2008.00090.x.
17. Khachaturov R.L. Analogy in law. *Vektor nauki Tol'yattinskogo gosudarstvennogo universiteta = Science Vector of Togliatti State University*, 2009, no. 5, pp. 129–132. (In Russ.)

18. Kühn Z. Worlds apart: Western and Central European judicial culture at the onset of the European enlargement. *The American Journal of Comparative Law*, 2004, vol. 52, no. 3, pp. 531–567. DOI: 10.2307/4144478.
19. Blokhin P.D. Analogical reasoning in constitutional litigation, in: Lisanyuk E.N. (ed.) *Argumentatsiya v prave i morali*, Monograph, St. Petersburg, Alef-Press Publ., 2018, pp. 212–224. (In Russ.).
20. Gardam J.G. *Necessity, proportionality, and the use of force by states*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004. 259 p.
21. Ohlin J.D., May L. *Necessity in international law*. New York, Oxford University Press, 2016. 280 p.
22. Gerards J. How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 2013, vol. 11, no. 2, pp. 466–490. DOI: 10.1093/icon/mot004.
23. Ehlers D. (ed.) *European Fundamental Rights and Freedoms*. Berlin, De Gruyter Publ., 2007. 644 p.
24. Aleksandrov A.I. *Criminal policy and criminal procedure in Russian statehood: history, modernity, prospects, problems*. St. Petersburg, St. Petersburg University Publ., 2003. 559 p. (In Russ.).
25. Vladimirov L.E. *The doctrine of criminal evidence. A general part*, 2nd ed. Kharkiv, Kaplan and Biryukov Publ., 1888. 248 p. (In Russ.).
26. Vas'kovskii E.V. *Guide to the interpretation and application of laws, For beginner lawyers*. Moscow, Gorodets Publ., 1997. 128 p. (In Russ.).
27. Mad'yarova A.V. *Explanations of the Supreme Court of the Russian Federation in the mechanism of criminal law regulation*. St. Petersburg, Yuridicheskii tsentr Press Publ., 2002. 405 p. (In Russ.).
28. Gadzhiev G.A. On the judicial doctrine of the rule of law. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie = Comparative constitutional review*, 2013, no. 4, pp. 12–25. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Должиков Алексей Вячеславович – кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права
Санкт-Петербургский государственный университет
199034, Россия, г. Санкт-Петербург, Университетская наб., 7/9
E-mail: a.dolzhikov@spbu.ru
SPIN-код РИНЦ: 4274-9924; AuthorID: 313427
ORCID: 0000-0001-8866-8993
ResearcherID: J-4829-2014

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Aleksei V. Dolzhikov – PhD in Law, Associate Professor, Department of Constitutional Law
St. Petersburg University
7/9, Universitetskaya nab., St. Petersburg, 199034, Russia
E-mail: a.dolzhikov@spbu.ru
RSCI SPIN-code: 4274-9924; AuthorID: 313427
ORCID: 0000-0001-8866-8993
ResearcherID: J-4829-2014

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Должиков А.В. Конституционное требование необходимости: постановка проблемы / А.В. Должиков // *Правоприменение*. – 2022. – Т. 6, № 1. – С. 124–133. – DOI: 10.52468/2542-1514.2022.6(1).124-133.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Dolzhikov A.V. The constitutional test of necessity: problem statement. *Pravoprimenenie = Law Enforcement Review*, 2022, vol. 6, no. 1, pp. 124–133. DOI: 10.52468/2542-1514.2022.6(1).124-133. (In Russ.).