

На правах рукописи

БАЖАНОВ АЛЕКСАНДР АЛЕКСАНДРОВИЧ

СОРАЗМЕРНОСТЬ КАК ПРИНЦИП ПРАВА

Специальность 12.00.01 – теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Москва – 2019

Работа выполнена на кафедре теории права и государства Юридического института Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Российский университет дружбы народов»

Научный руководитель:

Варламова Наталия Владимировна
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры теории права и государства
Юридического института ФГАОУ ВО
«Российский университет дружбы народов»

Официальные оппоненты:

Тимошина Елена Владимировна
доктор юридических наук, доцент, профессор
кафедры теории и истории государства и
права ФГБОУ ВО «Санкт-Петербургский
государственный университет»

Алисиевич Екатерина Сергеевна
кандидат юридических наук, доцент,
заведующая кафедрой международного и
интеграционного права Института права и
национальной безопасности ФГБОУ ВО
«Российская академия народного хозяйства и
государственной службы при Президенте
Российской Федерации»

Ведущая организация:

**Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение высшего
образования «Московский государственный
юридический университет имени О.Е. Кутафина
(МГЮА)»**

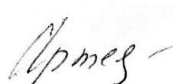
Защита диссертации состоится 5 июня 2019 г. в ____ часов на заседании Диссертационного совета Д 212.203.36 при ФГАОУ ВО «Российский университет дружбы народов» по адресу: 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6, ауд. 347.

С диссертацией можно ознакомиться в Учебно-научном информационном библиотечном центре (Научной библиотеке) ФГАОУ ВО «Российский университет дружбы народов» по адресу: 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6.

Электронная версия автореферата диссертации размещена на сайте ФГАОУ ВО «Российский университет дружбы народов» по адресу: <http://dissovet.rudn.ru>; отправлена на сайт ВАК при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации по адресу: <http://vak2.ed.gov.ru>.

Автореферат разослан «__» _____ 2019 г.

Ученый секретарь
Диссертационного совета Д 212.203.36
кандидат юридических наук, доцент



Ю.А. Артемьева

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Принцип соразмерности¹ является одним из старейших и классических принципов права, заново открытым в современную эпоху. «В общем смысле он выражает требование эквивалентности во взаимоотношениях, равенства взаимных предоставлений и получений, баланса интересов»².

Сегодня на основе принципа соразмерности разрешаются конфликты между общими (публичными) и частными интересами, а также между интересами частных лиц. В современном публичном праве исходя из принципа соразмерности определяются пределы властных полномочий органов государства и допустимость ограничений прав человека, в том числе адекватность мер юридической ответственности совершенному правонарушению. Частное право в целом базируется на принципе соразмерности, поскольку оно может быть представлено как правила эквивалентного социального обмена между частными лицами.

В настоящее время принцип соразмерности является одним из важнейших элементов конституционной системы большинства современных демократических государств. Этот принцип применяется в таких странах, как Австрия, Аргентина, Бельгия, Бразилия, Великобритания, Германия, Греция, Дания, Израиль, Индия, Ирландия, Испания, Италия, Канада, Колумбия, Люксембург, Мексика, Нидерланды, Перу, Португалия, Россия, США, Франция, Чили, Швейцария, ЮАР, Южная Корея и др. Принцип соразмерности

¹ Такой перевод немецкого и английского терминов “*Verhältnismäßigkeit*” и “*proportionality*” наиболее распространен в русскоязычной литературе. Он в основном используется и в решениях Конституционного Суда РФ. О смысловых нюансах различных вариантов перевода см.: Румянцев А.Г. *Verhältnismäßigkeit – proportionality – соразмерность* // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 5 (102). С. 156–158. В диссертации термины «пропорциональность» и «соразмерность» употребляются как синонимы.

² Бажанов А.А. Проблемы реализации принципа соразмерности в судебной практике // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 6. С. 126.

активно используется в практике как национальных судов (прежде всего в рамках конституционного контроля), так и международных судебных органов, в частности, Европейского суда по правам человека, Суда ЕС, Межамериканского суда по правам человека. К принципу соразмерности постоянно обращается Конституционный Суд РФ.

Принцип соразмерности пронизывает всю правовую систему – от отдельных норм до целых институтов и отраслей, что предопределяет необходимость его общетеоретического исследования. В исследовании нуждается генезис принципа соразмерности, причем как в теоретическом (на уровне философских и политико-правовых идей), так и институциональном (в судебной практике и законодательстве) контексте, а также специфика его реализации в различных сферах отношений и различных национальных и наднациональных правовых системах. Однако изучение принципа соразмерности обычно ограничивается отдельными сферами его применения и практикой конкретных судов. Комплексное исследование соразмерности как общего принципа права, оказывающего влияние на все сферы правового регулирования, отсутствует. Диссертационное исследование стремится восполнить этот пробел.

Таким образом, актуальность диссертационного исследования обусловливается отсутствием общетеоретических работ, посвященных анализу философских оснований и правового содержания принципа соразмерности, истории его утверждения, сфер, форм и особенностей его реализации в современных условиях.

Степень научной разработанности темы диссертационного исследования. Исследованию идеи соразмерности в праве всегда уделялось большое внимание. В своей работе диссертант опирался на классические труды российских и зарубежных философов и юристов, таких как Августин Блаженный, Аристотель, Ч. Беккариа, И. Бентам, Г. Гегель, Т. Гоббс, В. Гумбольдт, Г. Еллинек, Р. Иеринг, И. Кант, Дж. Локк, А.Ф. Лосев, Платон,

К.Г. Сварез, Фома Аквинский, Цицерон, Б.Н. Чичерин и др.

В современный период проблемы понимания и реализации принципа соразмерности нашли отражение в работах российских авторов: Е.С. Алисиевич, И.И. Андриановской, С.В. Аникушиной, Р.Г. Апресяна, А.В. Белого, Г.В. Вайпана, Н.В. Варламовой, Г.А. Гаджиева, Е.В. Гриценко, А.В. Должикова, И.В. Жидких, А.И. Ковлера, О.В. Конкиной, С.С. Кустова, В.В. Лапаевой, М.М. Ларионовой, М.Г. Маковецкой, Г.В. Мальцева, А.А. Михайлова, Ф.С. Набиева, А.А. Подмарева, Е.Ш. Рассоловой, В.В. Сверчкова, В.Л. Толстых, Е.В. Тимошиной, А.А. Троицкой, А.М. Шаганяна, Д.Г. Шустрова и др.

Для надлежащего осмысления принципа соразмерности диссертант обращался к трудам зарубежных ученых: Т.А. Алейникова, Р. Алекси, А. Барака, С. Бернал-Пулидо, Г. Брайбанта, Д. Бетти, Р.В. Бейкера, Дж. Бомхоффа, Л. Вайнриб, Д. Гримма, Р. Дворкина, Дж. Кристоферсена, П. Крэйга, К. Мюллера, К.Ф. Лэдфорда, Н. Лэйсэ, П.М. Макфадена, Д. Мэтьюса, К.Р. Поппера, И. Пората, Р. Пошера, Х. Пикарда, Б. Пиркера, Т. Пула, Дж. Риверса, И.Т. Салливана, Ю. Хабермаса, Дж. Шварце, А. Шайо, Б. Шлинка, Н. Эмилиу, А.Т. Ютака и др.

В последнее время было защищено значительное количество диссертационных работ, предметом которых являлись различные аспекты реализации принципа соразмерности³. Однако все исследования принципа

³ См., например: *Анисимова Н.В.* Принцип субсидиарности в европейском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005; *Арендаренко А.В.* Общеправовой принцип социальной справедливости и его реализация в современном уголовном праве России: дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2009; *Бунин О.Ю.* Реализация принципа справедливости при установлении санкций уголовно-правовых норм: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006; *Клемин А.В.* Принципы федерализма в формировании наднациональных организаций: на примере Европейского Союза: дисс. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2005; *Кориунова О.Н.* Защита прав человека в современном демократическом государстве: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2008; *Куликов Е.А.* Категория меры в праве: вопросы теории: дисс. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2013; *Пресняков М.В.* Конституционный принцип справедливости: юридическая природа и нормативное содержание: дисс. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2009; *Пчелинцев С.В.* Ограничения прав и свобод граждан в условиях особых правовых режимов: методология,

соразмерности носят фрагментарный характер и затрагивают лишь отдельные сферы его функционирования, такие как международные отношения, регулирование предпринимательской деятельности, ограничение прав человека в условиях чрезвычайного положения, назначение наказания и т.п. Настоящее диссертационное исследование представляет собой попытку комплексного рассмотрения принципа соразмерности, истории его возникновения и роли в правовом регулировании.

Объектом диссертационного исследования являются правовая доктрина, законодательство и судебная практика, в которых находит свое выражение принцип соразмерности.

Предмет диссертационного исследования образуют правовое содержание принципа соразмерности и особенности его функционирования в различных правовых системах в качестве критерия для определения пределов публично-властных полномочий и, соответственно, допустимого вмешательства в осуществление прав и свобод частных лиц, а также при определении справедливого наказания за правонарушение. В предмет диссертационного исследования не входит изучение специфики действия принципа соразмерности в частноправовых институтах⁴, а также в международном праве⁵.

теория, практика: дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2006; *Рассолова Е.Ш.* Ограничения прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации: конституционно-правовое исследование: дисс. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2009; *Сидоркин А.С.* Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010; *Смирнов А.А.* Ограничение прав и свобод человека и гражданина Российской Федерации при обеспечении обороны страны и безопасности государства: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2007; *Филиппова И.С.* Концепции ограничения государственной власти: теоретико-правовое исследование: дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2006; *Юдин Е.В.* Наказание и восстановление социальной справедливости в уголовном законе, теории и правоприменительной практике: дисс. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2007.

⁴ Многие аспекты данной проблематики были рассмотрены в диссертационном исследовании Д.И. Дедова. См.: *Дедов Д.И.* Реализация принципа соразмерности в правовом регулировании предпринимательской деятельности: дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2005.

⁵ Этой проблеме было посвящено недавнее диссертационное исследование Г.В. Вайпана. См.: *Вайпан Г.В.* Принцип пропорциональности в современном международном праве: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2017.

Цели и задачи диссертационного исследования. Целью исследования является выявление философских оснований и юридического содержания принципа соразмерности, его регулятивного воздействия на различные виды правоотношений.

Необходимость достижения поставленной цели обуславливает решение следующих задач:

- 1) определение содержания идеи соразмерности как основы представлений о справедливости в различных философских учениях;
- 2) исследование правового содержания принципа соразмерности;
- 3) анализ истории утверждения соразмерности в качестве принципа права;
- 4) изучение функционирования принципа соразмерности как условия допустимости ограничений прав человека;
- 5) изучение функционирования принципа соразмерности как условия справедливости санкций;
- 6) характеристика элементов теста на пропорциональность как формализованной процедуры проверки обоснованности ограничений прав человека и особенностей их использования в практике национальных органов конституционного контроля и Европейского суда по правам человека;
- 7) анализ доктринальных дискуссий относительно эффективности данной процедуры и проблем ее реализации в судебной практике.

Научная новизна работы заключается:

- в комплексном анализе философских оснований, понятия, правового содержания, истории утверждения принципа соразмерности и современной практики его реализации в различных сферах отношений;
- в выявлении и анализе проблем использования принципа соразмерности в судебной практике;

– во введении в научный оборот большого объема доктринальных источников и решений судов зарубежных стран и наднациональных судебных органов, не известных русскоязычному читателю.

Теоретическая значимость работы заключается в углублении теоретических представлений о принципе соразмерности, выявлении его философских оснований, правового содержания и роли в правовом регулировании.

Содержащиеся в работе выводы и предложения автора могут быть использованы в учебном процессе при преподавании курсов теории права и государства, истории права и государства, отраслевых юридических дисциплин (прежде всего – конституционного и международного права), а также различных специальных курсов (конституционного правосудия, защиты прав человека, юридической аргументации, юридической техники и др.).

Практическая значимость исследования заключается в возможности использования его результатов при разработке проектов законодательных и иных нормативных правовых актов, а также в судебной и иной правоприменительной практике при толковании действующего законодательства.

Методологическую основу исследования составляют общенаучные (диалектический, формально-логические – анализ и синтез, дедукция и индукция и др.) и специально-юридические (сравнительно-правовые, юридико-догматический) методы.

Диалектический метод позволил рассмотреть идею соразмерности в контексте ее философского и правового понимания, выделить правовое содержание философской идеи соразмерности и проследить ее трансформацию в принцип права, а также определить основные способы реализации принципа соразмерности законодательными и судебными органами.

Сравнительная методология применялась при сопоставлении практики органов конституционного контроля различных стран и Европейского суда по

правам человека, а также при выявлении особенностей реализации принципа соразмерности в различных правоотношениях. В частности, методы диахронного сравнения использовались в процессе изучения генезиса принципа соразмерности и формирования теста на пропорциональность как поэтапной проверки его соблюдения. Синхронное сравнение позволило выявить особенности функционирования принципа соразмерности в различных национальных и наднациональных правовых системах.

Формально-логические методы были задействованы при анализе различных подходов к пониманию принципа соразмерности.

Формально-логические и юридико-догматический методы использовались в процессе изучения нормативных правовых актов и судебных решений с точки зрения выражения в них принципа соразмерности.

Теоретическую основу исследования составляют труды отечественных и зарубежных ученых по философии права, общей теории и истории права и государства, конституционному праву, международному праву, процессуальным и другим отраслевым юридическим наукам.

Нормативную базу исследования составляют международно-правовые акты, Конституция РФ и конституции других государств, российское и зарубежное законодательство, практика Конституционного Суда РФ, органов конституционного контроля зарубежных стран, а также решения Европейского суда по правам человека и Суда ЕС.

На защиту выносятся следующие теоретические положения:

1. Правовой принцип соразмерности базируется на философских идеях гармонии, умеренности, «золотой середины», равенства, справедливости, разумности, добродетели, которые развивались мыслителями разных эпох – от античности до Нового времени. Анализ их представлений позволяет выявить сферы, в которых идея соразмерности обеспечивает справедливость социальных отношений; к таковым следует отнести: распределение материальных и нематериальных благ; назначение наказаний за

правонарушения; применение силы, в том числе в международных отношениях; определение пределов осуществления государственной власти и реализации свободы человека. Требования эквивалентности социального взаимодействия, соизмеримости предоставлений и получений, выгод и обременений в данных сферах отношений носят правовой характер и составляют содержание правового принципа соразмерности.

2. Утверждение принципа соразмерности в праве происходило в двух самостоятельных сферах его применения. Исторически первично – в сфере назначения наказания за правонарушение, где принцип соразмерности выражал требование соответствия наказания совершенному деянию. Позднее принцип соразмерности стал использоваться для определения пределов осуществления государственной власти и, соответственно, допустимых ограничений прав человека в процессе реализации публично-властных полномочий.

3. Первыми варварскими способами реализации требования соразмерности наказания совершенному правонарушению были кровная месть и талион, известные практически всем обществам на начальных стадиях их развития. Позднее появляются правила возмещения причиненного ущерба не только в виде обратного причинения вреда, но и посредством иных действий, которые могли быть приняты потерпевшей стороной как равное возмещение. Выкуп за убийство или членовредительство возник в результате сознательного отказа от мести ввиду сложности ее реализации, прежде всего сложности физического причинения эквивалентного вреда. Именно в процессе перехода от простого «обмена» убийствами или членовредительством к материальному возмещению ущерба зарождались современные подходы к определению соразмерности наказания правонарушению.

4. В настоящее время из принципа соразмерности следуют обязанность законодателя предусматривать в нормативных правовых актах такие санкции, которые обеспечивают соразмерность наказания совершенному деянию, и обязанность судов осуществлять их надлежащее применение, в случае

необходимости обращаясь непосредственно к самому принципу соразмерности. Анализ законодательства и судебной практики ряда стран позволяет выявить некоторые общепринятые способы законодательного регулирования, дающие судам возможность осуществлять необходимую индивидуализацию наказания в целях реализации требования соразмерности; таковыми являются: квалифицированные составы правонарушений, дифференцированные санкции, возможность назначения наказания ниже низшего предела.

5. Вторая сфера применения принципа соразмерности выражает запрет чрезмерного (не являющегося необходимым) государственного вмешательства в жизнь человека и общества. В этом качестве принцип соразмерности начал складываться в административном праве Пруссии в XIX в. и получил дальнейшее развитие после Второй мировой войны в практике Федерального конституционного суда Германии, который придал ему конституционный статус и стал использовать как стандарт для проверки конституционности любых действий государства, затрагивающих права человека.

6. В качестве инструмента контроля за обоснованностью ограничений прав человека принцип соразмерности функционирует как тест на пропорциональность – формализованная процедура проверки оправданности применения мер государственного принуждения, в том или ином виде известная большинству правовых порядков мира.

Тест на пропорциональность предполагает последовательное решение следующих вопросов: (1) преследовали ли органы власти, реализуя те или иные ограничительные меры, легитимную цель, (2) были ли эти меры релевантны данной цели, (3) необходимы для ее достижения и, наконец, (4) соблюден ли справедливый баланс между необходимостью достижения данной цели и теми обременениями, которые было вынуждено претерпеть частное лицо.

Иногда выделяемое в литературе «меньшее количество элементов теста на пропорциональность обычно предполагает исключение проверки наличия легитимной цели вмешательства в осуществление права в силу достаточной

простоты ее обоснования. Увеличение количества структурных элементов теста связано с включением в их число этапов проверки, которые не имеют непосредственного отношения к принципу соразмерности, а именно проверки наличия самого факта вмешательства в осуществление права и проверки соблюдения принципа правовой определенности (наличия для этого законного основания). Собственно тест на пропорциональность всегда сводится к четырем указанным выше элементам или этапам проверки»⁶.

7. Принцип соразмерности и конкретизирующий его тест на пропорциональность относится к числу наиболее успешных правовых заимствований. Возникнув в правовой системе Германии, он, во многом благодаря практике Европейского суда по правам человека и Суда ЕС, распространился по всему миру и сегодня известен почти каждой национальной правовой системе. В настоящее время принцип соразмерности рассматривается в качестве универсального элемента надлежащего конституционного устройства и лежит в основе международного правопорядка.

В некоторых случаях после миграции в новую правовую систему принцип соразмерности сохранил практически все компоненты традиционного немецкого теста на пропорциональность (например, в Канаде, Израиле, в практике Европейского суда по правам человека). В других правовых системах (например, Франции, России) восприняли лишь сам принцип соразмерности, но не схему аргументации в рамках теста на пропорциональность. В отдельных странах (например, в США) сложились свои процедуры проверки обоснованности ограничений прав человека, в целом базирующиеся на принципе соразмерности.

8. «Реализация принципа соразмерности в судебной практике сопряжена с рядом проблем, обусловленных как недостаточно корректным проведением

⁶ Бажанов А.А. Проблемы реализации принципа соразмерности в судебной практике // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 6. С. 129–130.

теста на пропорциональность, так и самим его характером. Первая группа проблем связана с несоблюдением последовательности проверки и отказом от детального рассмотрения отдельных вопросов, образующих структуру теста, а также несопоставимостью различных интересов и ценностей, которые приходится «взвешивать» при нахождении их «справедливого баланса» на последнем этапе.

Вторая группа проблем выявляется в процессе рассмотрения теста на пропорциональность в более широком правовом контексте. Недостатки теста на пропорциональность усматриваются в том, что его использование расширяет пределы судейского усмотрения; осуществляя «взвешивание» конкурирующих интересов, суд подменяет законодателя, который призван делать это в рамках демократической процедуры. Кроме того, данная процедура проверки не учитывает важные моральные ценности, связанные с правами человека. В связи с этим тест на пропорциональность предлагается заменить иными способами судебной аргументации (формально-логическими или морально-нравственными)⁷.

9. «Анализ судебной практики показывает, что отказ от следования принципу соразмерности и использования теста на пропорциональность в пользу иных способов судебной аргументации ведет к снижению гарантий прав человека, нарушению требований правовой определенности и принятию недостаточно обоснованных решений»⁸.

«Использование формально-логических и юридико-догматических способов толкования оказывается довольно затруднительным, поскольку права человека имеют так называемый открытый характер, т.е. закрепляются в конституциях, законах и международно-правовых актах в крайне абстрактном виде и допускают (и требуют) различные интерпретации в зависимости от

⁷ Бажанов А.А. Проблемы реализации принципа соразмерности в судебной практике // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 6. С. 124–125.

⁸ Там же. С. 125.

контекста их реализации. Кроме того, юридико-догматические подходы к толкованию прав человека предполагают сугубо позитивистское их понимание как производных от закона (конституции, международно-правового акта) и неограниченность законодательного усмотрения при их закреплении. Когда суд использует тест на пропорциональность, он не подменяет собой законодателя, а осуществляет проверку соблюдения им принципа соразмерности при осуществлении регулирования прав человека, что образует один из элементов принципа разделения властей»⁹.

«Отказ от теста на пропорциональность в пользу моральной аргументации также не может обеспечить более эффективной защиты прав человека; в силу неоднозначности нравственных предпочтений в плюралистическом обществе это будет лишь усиливать, идеологизировать и политизировать судебское усмотрение. Этическая аргументация ведет к еще менее предсказуемым решениям, чем при опоре на принцип соразмерности»¹⁰.

10. Несмотря на критику на доктринальном уровне, принцип соразмерности активно используется в судебной практике, в общем и целом обеспечивая необходимую формализацию (структурирование) судебной аргументации, определенное ограничение судебского усмотрения и, как следствие, обоснованность и справедливость принимаемых решений.

Степень достоверности и апробация результатов исследования. Результаты исследования являются достоверными и обоснованными. Достоверность и обоснованность полученных результатов обеспечивается многообразием использованных методов исследования, всесторонним и глубоким изучением и применением при написании диссертации основополагающих трудов по философии права, теории и истории права и государства, отраслевым юридическим наукам, а также анализом и обобщением

⁹ Бажанов А.А. Проблемы реализации принципа соразмерности в судебной практике // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 6. С. 148.

¹⁰ Там же. С. 150.

обширного нормативного материала и судебной практики.

Положения и выводы работы отражены в научных публикациях автора, использовались им в процессе работы в государственных органах, апробированы в выступлениях на всероссийских научных конференциях: «Интересы в праве. Жидковские чтения» (Москва, РУДН, 2016 г.); «Тенденции развития права в социокультурном пространстве. Жидковские чтения» (Москва, РУДН, 2017 г.).

Структура диссертация определена целью и задачами исследования. Диссертация состоит из введения, двух глав, объединяющих пять параграфов, заключения и списка использованных нормативных и литературных источников.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы исследования, анализируется степень ее научной разработанности, определяются объект, предмет, цель и задачи исследования, обосновывается научная новизна, теоретическая и практическая значимость работы, характеризуются методология диссертационного исследования, его теоретическая основа и нормативная база, формулируются положения, выносимые на защиту, устанавливается степень достоверности результатов исследования и приводятся сведения об их апробации.

Глава 1 «Философские основания, правовое содержание и история становления принципа соразмерности», состоящая из двух параграфов, посвящена анализу философских идей, лежащих в основе принципа соразмерности, истории его утверждения и его современному пониманию.

В **параграфе 1.1 «Соразмерность как философская идея и принцип права»** рассматриваются идеи, выражающие требование соразмерности, развиваемые на разных этапах истории философской мысли, анализируются теоретические подходы к пониманию принципов права в современной юридической науке, выявляется правовое содержание принципа соразмерности и его место в системе принципов права.

Идея соразмерности своими корнями уходит в глубокую древность. Первые представления о соразмерности нашли выражение еще в мифологии разных народов. В философии они развивались в рамках таких категорий, как «гармония», «мера», «золотая середина», «равенство». В параграфе представлены взгляды философов разных эпох, в частности Аристотеля, Платона, Цицерона, Фомы Аквинского, Г. Гроция, И. Канта, Г. Гегеля и др. Размышления о гармонии занимали центральное место в трудах Пифагора и Гераклита. У Платона и Аристотеля идеи гармонии и соразмерности кладутся в основу мироустройства и социального порядка. В Средние века требование

соразмерности стали рассматривать как условие надлежащего качества законов и возможности обращения к силе, в том числе в международных отношениях. В эпоху Просвещения и в Новое время соразмерность прочно утверждается в качестве требования к надлежащей социальной организации.

Требование соразмерности выдвигалось философами в качестве условия справедливости распределения социальных благ, назначения наказания за преступление, применения силы при самообороне (в том числе справедливости войны), вмешательства государства в жизнь граждан. Философские интерпретации соразмерности как эквивалентности, сбалансированности взаимных предоставлений и получений в социальных отношениях, по сути, носят правовой характер и лежат в основе содержания соответствующего принципа права.

В отечественной юридической литературе принципы права традиционно рассматриваются как основополагающие идеи права, внешняя форма выражения права или специфические нормы права, отличающиеся высокой степенью абстрактности. Последний подход представляется наиболее оправданным, поскольку акцентирует регулятивную роль принципов права. Под принципами права в диссертации понимаются наиболее абстрактные нормы права, отражающие его сущностные свойства и реализующиеся (действующие) через более конкретные нормативные предписания. Как и все правовые нормы, принципы выражаются (закрепляются) в источниках права в формальном смысле.

Диссертант в целом разделяет проводимое Р. Дворкиным и Р. Алекси различие между нормами (правилами в их терминологии) и принципами в зависимости от того, содержит ли данное предписание четко фиксированный вариант поведения, допускающий только исполнение или нарушение, или лишь задает определенное направление действий, которое может быть реализовано в различной мере, в зависимости от наличных юридических и фактических возможностей. При этом принципы, в отличие от норм, могут быть более или

менее значимы, т.е. иметь различный «вес». Процесс реализации принципов заключается в установлении их относительного приоритета в данном конкретном случае, т.е. в результате «взвешивания» конкурирующих принципов происходит установление правила для конкретного случая. Таким образом, реализация права в целом осуществляется на основе принципа соразмерности¹¹.

В содержательном плане принцип соразмерности включает в себя оценку целесообразности использования той или иной меры (установления того или иного правила), ее способности привести к желаемому результату, требование ее необходимости, т.е. отсутствие средства, предполагающего меньшие обременения, и сопоставление «веса» (значимости) конкурирующих интересов, затрагиваемых данной мерой (правилом).

При этом особая роль принципа соразмерности проявляется в том, что именно на его основе разрешаются конфликты не только между различными социальными интересами, но и между правовыми нормами и иными принципами права. Посредством принципа соразмерности обеспечивается сбалансированность всей правовой системы.

В параграфе 1.2 «История утверждения соразмерности в качестве принципа права» обосновывается, что это происходило в двух сферах социальных отношений.

Первоначально принцип соразмерности стал применяться в сфере назначения наказания за правонарушение, где он выражал требование соответствия наказания совершенному деянию. Данное требование было заложено еще в самых первых известных человечеству способах возмещения причиненного ущерба – кровной мести и талионе. Развитие общественных

¹¹ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2004. С. 48–52; Alexy R. Theory of Constitutional Rights. New York: Oxford University Press, 2010. Р. 47–48; Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 88–89; Алекси Р. О структуре принципов права // Российское правосудие. 2017. № 3. С. 21–24.

отношений, в частности отношений обмена, постепенно заставляло искать новые способы возмещения причиненного вреда. Отказ от кровной мести и членовредительства в пользу материального возмещения ущерба знаменовал переход к цивилизованным формам наказания, что предполагает развитую систему санкций имущественного и личного (как правило, сопряженных с ограничением личной свободы) характера, позволяющих обеспечивать его соразмерность совершенному деянию.

Вторая сфера применения принципа соразмерности связана с определением допустимости мер государственного принуждения и ограничений прав человека. В данном контексте он начал складываться в административном праве Пруссии в XIX в. «Административные суды фактически обращались к нему при интерпретации положения Общепрусского земельного уложения 1794 г., устанавливавшего, что полиция должна принимать необходимые меры для поддержания общественного спокойствия, безопасности и порядка. В практике административных судов утвердилось представление о том, что полиция и другие органы публичной администрации могут применять принудительные меры только в целях, прямо предусмотренных законом, причем данные меры должны быть пригодны для достижения указанных целей и не выходить за пределы необходимого, т.е. не налагать на частных лиц чрезмерных обременений. Эти требования составляют необходимые элементы классического теста на пропорциональность, сформировавшегося в своем завершенном виде после Второй мировой войны уже в практике Федерального конституционного суда Германии»¹².

Федеральный конституционный суд Германии придал принципу соразмерности конституционный статус¹³ и установил, что он должен применяться во всех случаях, когда государство вмешивается в сферу свободы

¹² Бажанов А.А. Утверждение принципа соразмерности в административном праве Германии (XIX – начало XX в.) // История государства и права. 2018. № 6. С. 72.

¹³ BVerfGE 19, 342 – Wencker. URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv019342.html> (дата обращения: 17.12.2017).

человека¹⁴.

Именно в практике Федерального конституционного суда Германии принцип соразмерности был обоснован в качестве основного инструмента проверки допустимости устанавливаемых государством ограничений прав человека. Немецкий подход был воспринят Европейским судом по правам человека и Судом ЕС и во многом благодаря их деятельности получил распространение в правовых порядках практически всех стран Европы и за пределами континента.

В данном параграфе рассматривается практика признания принципа соразмерности и особенности его реализации во Франции, Канаде, Израиле, Соединенных Штатах Америки и России. Проведенный анализ показал, что восприятие немецкого опыта было различным. Так, во Франции соразмерность не рассматривается в качестве принципа права, а используется как инструмент судебного контроля. При этом в своих решениях Конституционный совет Франции лишь констатирует соразмерность или несоразмерность оспариваемого ограничения, не проводя детальной проверки в рамках теста на пропорциональность. Аналогично действует и Конституционный Суд РФ, который активно ссылается в своих решениях на принцип соразмерности, но не использует схему аргументации, предполагаемую тестом на пропорциональность. Напротив, в судебной практике таких стран, как Израиль, Канада, немецкий тест на пропорциональность был воспринят в полной мере. Принцип соразмерности используется и Верховным судом США, который разработал, изначально без немецкого влияния, три уровня проверки допустимости ограничений прав человека.

В Главе 2 «Принцип соразмерности как критерий надлежащего правового регулирования» рассматриваются сферы применения принципа соразмерности.

¹⁴ BVerfGE 16, 194 – Liquorentnahme. URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv016194.html> (дата обращения: 15.11.2017).

В параграфе 2.1 «Соразмерность как условие допустимости ограничений прав человека» показано, что в данном качестве принцип соразмерности функционирует в виде специальной относительно формализованной процедуры проверки обоснованности установленных ограничений прав человек – так называемого теста на пропорциональность.

Применение принципа соразмерности для определения допустимости ограничений прав человека вытекает из самой сущности реализации прав человека, которая возможна только на основе взаимного и равного ограничения свободы каждого участника правоотношений.

Тест на пропорциональность предполагает последовательное разрешение следующих вопросов: преследовало ли ограничение прав человека легитимную цель, имелась ли рациональная связь между целью и средствами, использованными для ее достижения, были ли реализованные меры необходимы для этого и соблюден ли справедливый баланс между конкурирующими общими и частными интересами. С теми или иными модификациями тест на пропорциональность используется едва ли не всеми органами конституционного контроля и международными судебными органами.

Легитимная цель ограничений прав человека находит свое выражение в общих и специальных основаниях, предусмотренных для этого в конституциях и международно-правовых актах. В конечном счете все эти разнообразные основания могут быть сведены к защите частных и (или) публичных интересов. Наличие легитимной цели ограничения является наиболее легко проходимым этапом теста на пропорциональность. Обычно ссылки на нее не вызывают возражений.

Второй вопрос, разрешаемый в рамках теста на пропорциональность, касается установления рациональной связи между легитимной целью ограничения права и мерами, предпринятыми для ее достижения. На данном

этапе необходимо установить, способны ли избранные меры эффективно обеспечить достижение заявленных целей.

На третьем этапе теста оценивается, не являются ли примененные средства чрезмерными, т.е. необходимо доказать отсутствие иных менее обременительных способов эффективного достижения заявленных целей.

Четвертый этап теста заключается в определении справедливого баланса между преимуществами, получаемыми благодаря достижению легитимной цели, и тяжестью негативных последствий для лица, чье право ограничивается. Если последние будут признаны несоизмеримо тяжелыми по сравнению с первыми, то судом констатируется нарушение соответствующего права.

Каждый из указанных структурных элементов теста на пропорциональность рассматривается в диссертации на материалах практики Конституционного Суда РФ, Федерального конституционного суда Германии, Европейского суда по правам человека.

Тест на пропорциональность представляет собой последовательную процедуру. В связи с этим соблюдение очередности каждого из этапов теста является крайне важным, поскольку они выстроены от проверки наличия более очевидной несоразмерности к менее явной, и отрицательный результат одного из них делает другие излишними.

Требование соразмерности в отношении ограничений прав человека является универсальным, оно действует даже в условиях особых правовых режимов. В данном случае прежде всего сами условия особого правового режима должны быть соразмерны той угрозе, для предотвращения или устранения которой они вводятся.

Анализ практики международных судов показывает, что здесь придается большое значение соблюдению процедурных требований, связанных с уведомлением о начале и окончании особого правового режима, закреплением перечня прав, которые подлежат или не подлежат дополнительным ограничениям. Для обеспечения соразмерности мер, предпринимаемых в

условиях особого правового режима, крайне важно сохранение независимости судебной системы и осуществление эффективного судебного контроля как на национальном, так и на международном уровне.

В параграфе 2.2 «Соразмерность как условие справедливости санкции» исследуются способы обеспечения соразмерности наказания совершенному деянию. При этом должно учитываться не только то, как образующие санкцию меры будут способствовать защите публичных и частных интересов, но и то, какое воздействие они окажут на лицо, нарушившее право.

В параграфе проанализированы законодательство и судебная практика России, США, Канады и Германии в части применения принципа соразмерности при установлении наказания за правонарушения.

В российском законодательстве отсутствует четкое закрепление требования соразмерности санкции, однако оно выводится судебной практикой из ряда конституционных и законодательных положений. В частности, Конституционный Суд РФ выводит принцип соразмерности из ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, которая, по его мнению, предполагает, что «установление конкретной санкции, ограничивающей конституционное право, должно отвечать требованиям справедливости, быть соразмерным конституционно закрепленным целям и охраняемым законным интересам, а также характеру совершенного деяния»¹⁵.

Принцип соразмерности обязывает законодателя разграничивать виды юридической ответственности¹⁶ и предполагает установление публично-

¹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 12 мая 1998 г. № 14-П по делу о проверке конституционности отдельных положений абзаца шестого статьи 6 и абзаца второго части первой статьи 7 Закона Российской Федерации от 18 июня 1993 года «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением» в связи с запросом Дмитровского районного суда Московской области и жалобами граждан (п. 3 мотивировочной части) // СЗ РФ. 1998. № 20. Ст. 2173.

¹⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П по делу о проверке конституционности положения части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки М.А. Асламазян (п. 5.3 мотивировочной части) // СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2892.

правовой ответственности только за виновное деяние и ее дифференциацию в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, личности и степени вины правонарушителя и иных существенных обстоятельств, обуславливающих индивидуализацию наказания¹⁷, гарантируя тем самым адекватность неблагоприятных последствий тому вреду, который причинен правонарушением, не допуская избыточного государственного принуждения и обеспечивая баланс прав привлекаемого к ответственности лица и публичного интереса, заключающегося в защите личности, общества и государства от противоправных посягательств¹⁸.

Анализ российского законодательства и судебной практики показывает, что принцип соразмерности реализуется посредством закрепления дифференцированной системы санкций, перечня обстоятельств, смягчающих и отягчающих ответственность, возможности назначения наказания ниже низшего предела. Принцип соразмерности действует в отношении всех видов юридической ответственности, что неоднократно подчеркивалось Конституционным Судом РФ. Однако при этом отсутствуют какие-либо формализованные критерии, позволяющие проверять соразмерность назначаемого наказания в рамках судебного процесса.

В свою очередь, в судебной практике Германии, США и Канады применяются различные пошаговые процедуры проверки соразмерности применяемой санкции (в частности, в Германии это фактически тот же самый тест на пропорциональность). Таким образом, подходы, выработанные в практике высших судебных органов США, Канады и Германии, отличаются

¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 15 июля 1999 № 11-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РСФСР «О Государственной налоговой службе РСФСР» и Законов Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» и «О федеральных органах налоговой полиции» (п. 5 мотивировочной части) // СЗ РФ. 1999. № 30. Ст. 3988.

¹⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2018 г. № 17-П по делу о проверке конституционности пункта 2 примечаний к статье 264 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Ивановского областного суда (п. 2 мотивировочной части) // СЗ РФ. 2018. № 19. Ст. 2812.

большей формализованностью и конкретностью по сравнению с теми, которые используют российские суды.

В параграфе 2.3 «Проблемы реализации принципа соразмерности в судебной практике» анализируется доктринальная критика соответствующих процедур проверки обоснованности ограничений прав человека.

В многочисленных исследованиях отмечается, что реализация принципа соразмерности сопряжена с рядом серьезных проблем, которые условно могут быть разделены на две группы – «внутренние» и «внешние».

«Внутренние» проблемы связаны непосредственно с применением самого принципа соразмерности, и прежде всего – с некорректным проведением теста на пропорциональность. Обобщенно они могут быть сведены к следующим:

1) формальные ссылки на принцип соразмерности в качестве обоснования решения, без реального проведения поэтапной проверки, предполагаемой тестом на пропорциональность;

2) отсутствие последовательности при проведении теста на пропорциональность, т.е. игнорирование отдельных его этапов;

3) несоизмеримость конкурирующих интересов и невозможность однозначно определить, какому из них следует отдать приоритет на последнем этапе теста на пропорциональность, в связи с чем пределы судейского усмотрения оказываются чрезмерными, и решение во многом основывается на интуиции и личных предпочтениях судей.

«Внешние» проблемы теста на пропорциональность увязывают с его абстрактностью, формальностью и игнорированием моральных аспектов, связанных с реализацией прав человека. Однако отказ от применения принципа соразмерности и разрешение споров об ограничениях прав человека на основе иной аргументации (путем юридико-догматического толкования актов, закрепляющих права человека, или обращения к превалирующим в обществе моральным ценностям) ведет к еще меньшей прозрачности, предсказуемости и обоснованности решений, чем при опоре на принцип соразмерности.

Указанные проблемы реализации теста на соразмерность анализируются в параграфе на примерах из практики Конституционного Суда РФ, Европейского суда по права человека, Федерального конституционного суда Германии, высших судебных органов Великобритании и США.

Специальное внимание в параграфе уделяется проблемам применения принципа соразмерности в российской судебной практике. В частности, анализ решений Конституционного Суда РФ показал, что он только ссылается на принцип соразмерности, но фактически не использует тест на пропорциональность, детально не проводит проверку в рамках ни одного из его элементов. Конституционный Суд РФ лишь указывает на легитимную цель ограничения права и констатирует, соответствует ли оно Конституции РФ. Проведенная в параграфе реконструкция теста на пропорциональность применительно к некоторым делам, рассмотренным Конституционным Судом РФ, показывает, что при его последовательном прохождении в ряде случаев становится очевидным наличие для эффективного достижения легитимных целей менее обременительных мер по сравнению с теми, которые были избраны законодателем. На необходимость использования Конституционным Судом РФ теста на пропорциональность в полном объеме в своем мнении по одному из дел обращал внимание судья Г.А. Гаджиев¹⁹.

Требования принципа соразмерности не всегда учитываются и при установлении юридической ответственности на законодательном уровне. В параграфе это демонстрируется на примере конкретных дел о привлечении к административной ответственности за пропаганду либо публичное демонстрирование нацистской и сходной с ней атрибутики или символики (ст. 20.3 КоАП РФ). Устанавливая данный запрет, законодатель не соотносит его

¹⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 15 февраля 2016 г. № 3-П по делу о проверке конституционности положений части 9 статьи 3 Федерального закона «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Е.В. Потоцкого // Вестник Конституционного Суда РФ. 2016. № 3.

легитимную цель с иными возможными и обычно используемыми целями демонстрации данной символики – исследовательскими и образовательными.

Вместе с тем, несмотря на все существующие проблемы реализации принципа соразмерности на практике, обращение к нему при разрешении вопросов, связанных с ограничением прав человека, обеспечивает определенную структурированность и рациональность судебной аргументации, способствуя объективному и справедливому разрешению дел.

В **заключении** диссертации подводятся итоги выполненного исследования, формулируются выводы, к которым пришел автор, рекомендации по совершенствованию правового регулирования и судебной практики, определяются перспективы дальнейшей разработки темы.

СПИСОК РАБОТ, ОПУБЛИКОВАННЫХ ПО ТЕМЕ ДИССЕРТАЦИИ

По теме диссертационного исследования автором опубликованы следующие работы:

а) в рецензируемых научных изданиях, предусмотренных Перечнем Высшей аттестационной комиссии при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации:

1. *Бажанов А.А.* Соразмерность как условие справедливости санкции // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 486–507 (1,55 п.л.).

2. *Бажанов А.А.* Обоснование принципа соразмерности в практике Федерального конституционного Суда Германии (1950–1960 гг.) // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Сравнительное и интеграционное право. 2018. № 5(45). С. 159–168 (0,71 п.л.).

3. *Бажанов А.А.* Утверждение принципа соразмерности в административном праве Германии (XIX – начало XX вв.) // История государства и права. 2018. № 6. С. 71–76 (0,52 п.л.).

4. *Бажанов А.А.* Проблемы реализации принципа соразмерности в судебной практике // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 6. С. 124–157 (2,08 п.л.).

б) в иных изданиях:

5. *Бажанов А.А.* Общие и специальные основания ограничения прав человека как выражение юридически значимых частных и публичных интересов // Интересы в праве. Жидковские чтения = Interests in Law. Zhidkov's readings: материалы Всероссийской научной конференции. Москва, 25–26 марта 2016 г. / Отв. ред. М.В. Немытина. М.: РУДН. 2017. С. 278–284 (0,3 п.л.).

6. *Бажанов А.А.* Соразмерность ограничений прав человека в условиях особых правовых режимов // Тенденции развития права в социокультурном пространстве. Жидковские чтения = Tendecies of development of law in sociocultural space. Zhidkov's reading: материалы Всероссийской научной конференции. Москва 24–25 марта 2017 г. / Отв. ред. М.В. Немытина. М.: РУДН, 2018. С. 281–289 (0,45 п.л.).

Бажанов Александр Александрович
(Российская Федерация)

СОРАЗМЕРНОСТЬ КАК ПРИНЦИП ПРАВА

Диссертация посвящена комплексному исследованию философских оснований и юридического содержания принципа соразмерности, его регулятивного воздействия на различные виды правоотношений. Диссертант прослеживает историю утверждения соразмерности как принципа права и его современное функционирование в качестве критерия для определения пределов публично-властных полномочий и допустимого вмешательства государства в осуществление прав и свобод частных лиц, а также при назначении справедливого наказания за правонарушение. На материалах судебной практики исследованы элементы теста на пропорциональность как формализованной процедуры проверки обоснованности ограничений прав человека и особенности его использования в различных национальных и наднациональных правовых системах.

Особое внимание уделено анализу проблем, возникающих при обращении к принципу соразмерности в судебной практике, обусловленных недостаточно корректным проведением теста на пропорциональность, а также несопоставимостью различных интересов и ценностей, которые приходится «взвешивать» при нахождении их «справедливого баланса». Диссертант приходит к выводу, что использование принципа соразмерности в судебной практике в общем и целом обеспечивая необходимую формализацию (структурирование) судебной аргументации, определенное ограничение судейского усмотрения и, как следствие, обоснованность и справедливость принимаемых решений. Отказ от принципа соразмерности и теста на пропорциональность в пользу иных способов судебной аргументации (формально-логических и юридико-догматических или морально-нравственных) ведет к нарушению требований правовой определенности и снижению гарантий прав человека.

Bazhanov Aleksander Aleksandrovich
(Russian Federation)

PROPORTIONALITY AS A PRINCIPLE OF LAW

The thesis is devoted to a comprehensive study of philosophical pillars and legal substance of the principle of proportionality, its regulatory impact on various types of legal relationships. The author traces the history of asserting proportionality as a principle of law and its contemporary functioning as a criterion for determining the extent of public & authoritative powers and permissible state intervention into the exercise of rights and freedoms of private individuals as well as in the cases of administration of fair punishment for delinquencies. The court practice files served the basis to investigate the elements of the proportionality test as a formalized procedure to check the validity of restrictions to human rights and the specifics of applying such test in various national and supranational legal systems.

Particular emphasis is put on the analysis of the issues arisen in addressing the principle of proportionality in court practice and conditioned by relatively incorrect conduct of the proportionality test as well as incompatibility of different interests and values, which one has to “weigh” in search of a “fair balance”. The author concludes that the application of the proportionality principle in court practice largely ensures necessary formalization (structuring) of court argumentation, a certain limitation in judicial discretion and, as a consequence, validity and fairness in the decision-making process. The withdrawal from the proportionality principle and proportionality test in favor of other methods of judicial argumentation (formal & logical and judicial & dogmatic or moral & ethical) will cause violation of the requirements of legal certainty and impairment of the guarantees of human rights.