Информация для цитирования:

Должиков А. В. Конституционный принцип соразмерности: метод юридической догматики // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2021. Вып. 53. С. 540–561. DOI: 10.17072/1995-4190-2021-53-540-561.

Dolzhiykov A. V. *Konstitutsionnyy printsip sorazmernosti: metod yuridicheskoy dogmatiki* [The Constitutional Principle of Proportionality: A Legal-Dogmatic Method]. *Vestnik Permskogo universiteta. Juridicheskie nauki* – Perm University Herald. Juridical Sciences. 2021. Issue 53. Pp. 540–561. (In Russ.). DOI: 10.17072/1995-4190-2021-53-540-561.

УДК 340.115.4; 340.115.5; 342.72/.73; 340.131.5

DOI: 10.17072/1995-4190-2021-53-540-561

КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРИНЦИП СОРАЗМЕРНОСТИ: МЕТОД ЮРИДИЧЕСКОЙ ДОГМАТИКИ

А. В. Должиков

Санкт-Петербургский государственный университет

E-mail: a.dolzhiykov@spbu.ru

Поступила в редакцию 05.04.2021

Введение: в статье развивается тезис о взаимосвязи междисциплинарного подхода с методом юридической догматики. Догматическая методология позволяет определить сущность этого принципа при условии ориентации исследования на судебную практику. **Методы:** используется прием юриспруденции понятий как одной из наиболее распространенных форм догматической методологии. **Цель:** систематический и непротиворечивый анализ принципа соразмерности с использованием метода юридической догматики. Сообразно этой цели статья состоит из трех разделов. В первом разделе изначально сравниваются два часто используемых понятия – «соразмерность» и «пропорциональность». Во втором разделе статьи рассмотрены понятия законодательного согласования и судебского балансирования конфликтующих интересов. В третьем разделе анализируются две противоположные, но взаимодействующие формы принципа соразмерности – запрет чрезмерности и запрет недостаточности. **Результаты:** обосновывается использование термина «соразмерность» в отечественной юриспруденции в качестве родового понятия. Термин «пропорциональность» имеет иностранное происхождение. Его можно использовать как синоним соразмерности и употреблять в отношении англоязычной или международной модели данного принципа. Понятие «согласование» может условно охватывать правотворческую деятельность, а термин «балансирование» – использоваться в отношении судебного взвешивания частных и публичных интересов. Эти две концепции предопределяют различие в легитимности парламентского и судебного применения пропорциональности. Автор считает, что две функции пропорциональности дополняют друг друга. Первая функция выражена в классическом либеральном запрете чрезмерности, который направлен на предотвращение государственного вмешательства в индивидуальные свободы. Согласно второй функции, появившейся позже, соразмерность запрещает пассивность органов власти в обеспечении конституционных прав (запрет недостаточности). Разница двух функций пропорциональности выража-

ется в различии соответствующих негативных и позитивных обязательств государства. **Выводы:** юридическая догматика не должна становиться самоцелью, будучи сведенной к формализму и схоластическим спорам о терминах. Более важны те социальные последствия, к которым ведет использование тех или иных понятий в конституционном правосудии.

Ключевые слова: принцип соразмерности; конституционные права, конституционное правосудие; метод юридической догматики; судебское балансирование; запрет недостаточности

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: A LEGAL-DOGMATIC METHOD

A. V. Dolzhikov

Saint Petersburg State University

E-mail: a.dolzhikov@spbu.ru

Received 05.04.2021

Introduction: the paper develops a thesis about the interdependence between the interdisciplinary approach and the method of legal-dogmatic research on proportionality. The dogmatic method makes it possible to define the essence of this principle provided that research relies on judicial practice. **Methods:** the paper applies the technique of conceptual jurisprudence as one of the most common forms of dogmatic methodology. The **purpose** of the research was to provide systematic and coherent analysis of the principle of proportionality with the application of the legal-dogmatic method. With this purpose in view, the paper is divided into three sections. The first section starts with the comparison of two concepts most commonly used in Russian legal science – *sorazmernost* (which translates into English as proportionality, but linguistically closer to the word ‘commensurability’) and *proportsional’nost* (proportionality). The second section discusses the concepts of legislative reconciliation and judicial balancing of conflicting interests. Finally, the third section analyzes two opposite but interacting forms of the principle of commensurability/proportionality – the prohibition of excessiveness and the prohibition of insufficiency. **Results:** the paper provides arguments for the use of the term commensurability (*sorazmernost*) in Russian national jurisprudence as a generic concept. The term proportionality (*proportsional’nost*) is of a foreign origin. It could be used as a synonym of the term commensurability as applied to the English-language or international model of this principle. The concept of reconciliation can be considered to cover the sphere of lawmaking, while the term balancing can be applied in relation to judicial weighing of private and public interests. These two conceptual models predetermine the difference in legitimacy of the parliamentary and judicial application of commensurability. The paper also argues that two functions of commensurability are complementary. One of them is reflected in the classic liberal prohibition of excessiveness, which aims to prevent government interference in the individual freedoms. According to the other function, which emerged later, commensurability prohibits the passivity of public authorities in the protection of constitutional rights (prohibition of insufficiency). The difference between the two functions of commensurability is expressed in the distinction between the corresponding negative and positive obligations of the government. We come to a **conclusion** that legal dogmatics should not become an end in itself, turning into formalism and scholastic disputes about concepts. Of more significance are the social consequences to which the application of certain concepts in constitutional adjudication leads.

Keywords: principle of proportionality; constitutional rights, constitutional adjudication; legal-dogmatic method; judicial balancing; prohibition of insufficiency

Введение

Догматический метод остается отправной точкой любых юридических исследований [66], хотя и подвергся справедливой критике со стороны правового реализма [63]. В англоязычной философии права этот методологический подход частично совпадает с аналитической юриспруденцией, которая считается важнейшим теоретическим направлением в праве [49]. В Германии догматика сохраняет свою ключевую роль в учении о юридических методах (нем. *Juristische Methodenlehre* [56]). Причем самостоятельным направлением является догматика основных прав (нем. *Grundrechtsdogmatik*) [46]. В то же время господство догматики признается препятствием к использованию междисциплинарных подходов, например экономического анализа права [44].

В российском правоведении формально-юридический метод используется наиболее часто в силу господства позитивизма [15]. Широкое распространение догматики объясняется также преемственностью с подходами дореволюционных юристов [16] и социалистической правовой традицией. Ценность этой юридической методологии в советском правоведении не отрицалась. Так, профессор В. А. Туманов полагал, что догма права «имеет существенное практико-прикладное значение» [27, с. 382]. Хотя изначально социалистическая традиция исповедовала критический подход, впоследствии юридическая догматика и формализм стали главными юридическими методами. «Антиформалистские идеалы, – справедливо отмечает Жденек Кюн (Zdeněk Kühn), – оставались только на бумаге. Большинство этих идеалов было скорее желаемым, чем действительным отражением социалистического правосудия» [53, р. 539].

Российские исследователи редко критикуют юридическую догматику. Этот метод после увлечения юснатурализмом в постсоветскую эпоху даже рассматривается как восстановление научности в правоведении и «возвращение к забытым истинам» [9]. Помимо сугубо философских аспектов важным представляется прикладное значение формально-логического метода. Как подчеркивает К. В. Арановский, «без правовой догматики, разумеется, не построить связных правовых представлений... без фор-

мальностей недостижимо согласие в правовых понятиях и невозможна нормотворческая, правоприменительная деятельность, вообще профессиональная юриспруденция» [1, с. 23.].

В отличие от конституционного судьи догматическая методология не столь положительно оценивается в частном праве, хотя значение догмы римского права было в этой области значимо всегда [6]. Цивилисты сейчас чаще ссылаются на догму права для акцентирования преимуществ политики права и юридического реализма [11]. Критика догматического метода закономерна и является реакцией на гиперпозитивизм советской юриспруденции. Но, заметим, нельзя полностью игнорировать достоинства догматики, к наиболее важным из которых относятся правовая определенность и системное представление о правопорядке.

Конечно, любая динамически развивающаяся юридическая практика не может не симпатизировать антиформализму. Вместе с тем радикализм в оценке догматики представляется очередной крайностью и в философском смысле противоречит идее соразмерности как среднему пути. Полный разрыв с формально-юридическим подходом выступает своего рода «культурной революцией», порывающей с позитивизмом социалистической традиции в российском праве. Данный разрыв граничит с «прогрессором». Такие благие цели часто ведут к более плачевным социальным последствиям. Привнесение на российскую почву антиформализма, безусловно, желательно, но в разумной мере. Именно поэтому такие подходы цивилистов вызвали критику со стороны представителей теории права [25]. Интересно, что объектом критики здесь выступают методологические подходы сторонников политики права к судебскому взвешиванию, а значит, к принципу соразмерности.

Применительно к соразмерности радикальный правовой реализм означает отказ от существующих догм в структурировании данного принципа. Тогда соразмерность сводится исключительно к свободному судебскому взвешиванию интересов. Однако именно этот элемент рассматриваемого принципа больше всего критикуется [67]. Причем в странах общего права, где распространен правовой реализм, и были восприняты догматические подходы к соразмерности. Стоит отметить опыт

британских исследователей и судей [43], которым пришлось заимствовать формализованные подходы к соразмерности после принятия Акта о правах человека 1998 г.¹ Конечно, английская модель принципа соразмерности отличается от континентальных подходов. Уникальность этой модели можно увидеть в методе индукции. Сравнивая с Германией, где теоретические разработки ученых об этом принципе как дедуктивное умозаключение предопределяют судебную практику, в Великобритании, наоборот, в конкретных спорах кристаллизуются отдельные требования, которые в системе составляют соразмерность.

Соответственно, принцип соразмерности и его структурные элементы следует воспринимать не как жесткий алгоритм и последовательность обязательных стадий. Взвешенный формально-юридический подход рассматривает этот принцип в качестве матрицы, включающей разработанные в доктрине и апробированные на практике приемы. Разрешая вопрос о соразмерности законодательных или иных нормативных решений, судья свободен в выборе отдельных его элементов с учетом их относимости к фактам конкретного дела. Иначе анализ соразмерности только увеличит объем судебного решения.

Рассматриваемый принцип нельзя считать панацеей или «универсальным критерием конституционности» [32, р. 162], который эксклюзивно позволяет оценивать допустимость вмешательства в конституционные права. Соразмерность частично пересекается с родственными материальными основаниям судебного нормоконтроля (принципы уважения человеческого достоинства, социальной справедливости, сохранения ядра права и т. п.), а также может применяться только во взаимодополнении с формальными критериями конституционности (требования законности, определенности, правомерных ожиданий, всеобщности правовых норм и т. д.). Соразмерность не заменяет, а только дополняет эти формальные критерии в конституционном судопроизводстве. Если законодатель нарушает принцип формальной определенности оспариваемой нормы, то проверка соразмерности является просто избыточной.

В настоящем исследовании автор не стремился предложить новую юридическую методологию или правопонимание. Скорее юридическую догматику следует считать элементарной и одновременно необходимой предпосылкой для применения более продвинутой междисциплинарной методологии. Соответственно, можно дать формально-логическое определение понятия соразмерности и провести его сравнение с наиболее общими терминами.

1. Дефиниция соразмерности и многообразие терминологии

Юриспруденция понятий (нем. *Begriffsjurisprudenz*) является наиболее распространенным приемом догматической методологии. Однако к этому приему предъявляется более всего претензий. Хотя и по сей день немецкая догматика задается вопросом о действительной гибели данной методологии в юриспруденции [62], понятия в праве выступают неотъемлемым средством любой коммуникации, а значит, и конституционного судопроизводства. Понятие является ключевым элементом правоприменения. Квалификация конкретных юридических фактов дела осуществляется в соответствии с общими признаками правовой нормы. Точность определяемых понятий особенно важна в конституционном правосудии, ведь предписания Основного закона отличаются своей абстрактностью, а значит, могут пониматься по-разному. Преимущества догматического метода при определении соразмерности будут зависеть от того, насколько признаки этого понятия будут оптимально отражать социальную и судебную практику. В этом смысле ясность терминологии нужна участникам конституционного судопроизводства.

В российском конституционализме отсутствует четкое определение понятия соразмерности. Выяснение его юридической природы и нормативного содержания также затруднено существующими проблемами терминологии. Интересно, что даже в немецком праве, где данный принцип получил наиболее глубокое освещение, ситуация характеризовалась в свое время как «терминологический хаос» [48, S. 11]. В российской доктрине пока отсутствуют устоявшиеся подходы к обозначению самого принципа и его отдельных элементов. Показательны в вопросе терминологии подходы

¹ Конституции зарубежных государств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 35–43.

двух судей Конституционного Суда РФ. Так, Г. А. Гаджиев в одной из своих работ использует в качестве синонимов сразу три термина: «соразмерность», «пропорциональность» и «сбалансированность» [4, с. 71.]. Н. С. Бондарь в одном случае выводил из содержания верховенства права ряд «специальных принципов конституционализма», относит к ним соразмерность и пропорциональность [3, с. 110]. В другом случае судья Конституционного Суда РФ в отставке рассматривает оба упомянутых понятия уже в качестве «общеправовых принципов», дополняя их требованием «баланса власти и свободы» [3, с. 219]. Нет особого противоречия в позиции, высказанной обоими судьями. Понятия соразмерности, пропорциональности и сбалансированности (баланса интересов) выступают синонимами. Однако существуют и аспекты их соотношения, которые носят прикладной характер. Поэтому следует сравнить соразмерность с наиболее родственными юридическими категориями и в итоге дать определение этого понятия.

1.1. Соразмерность как родовое понятие

Дефиницию соразмерности в отечественной юриспруденции следует употреблять в качестве родового понятия. Именно этот термин используется в российском конституционализме в наиболее широком смысле [19]. В соответствии с результатами лингвистического анализа соразмерность следует отождествить с понятием соответствия (соизмерения, соотношения). В этом отношении соразмерность означает соответствие между противоречащими частными и публичными интересами. В таком качестве понятие соразмерности встречается в большинстве отраслей и институтов национального и международного права.

При этом конфликтующие интересы представляют собой бинарные оппозиции. Это понятие обосновал князь Н. С. Трубецкой (1890–1938). Выдающийся теоретик структурализма отмечал, что «противоположение (оппозиция) предполагает не только признаки, которыми отличаются друг от друга члены оппозиции, но и признаки, которые... можно считать “основанием для сравнения”. Две вещи, не имеющие основания для сравнения, или, иными словами, не обладающие ни одним общим признаком (например, чернильница и свобода воли), никак

не могут быть противопоставлены друг другу» [26, с. 72]. Хотя понятие бинарной оппозиции первоначально введено для целей сравнительной лингвистики, его заимствование представляется важным для конституционного правосудия и вопросов познания в юриспруденции в целом. Например, в одной работе германских цивилистов приводится больше десятка таких бинарных оппозиций (цель и средство; нападение и защита; действие и противодействие; ущерб и санкция; польза и вред; доходы и издержки; опасность и борьба; серьезность вмешательства и важность цели; последствия для граждан и польза для государства; причиняемый вмешательством вред и предотвращаемый с помощью вмешательства ущерб; нанесенный вред и опасность [34, S. 70–72]). Одновременно каждую из указанных бинарных оппозиций легко трансформировать в сталкивающиеся интересы или ценности. Установление соответствия между ними будет выражать суть принципа соразмерности.

В этом плане интересна формулировка принципа справедливости в Уголовном кодексе РФ от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (с изм. от 5 апреля 2021 г.)¹. Согласно части 1 статьи 6, «наказание и иные меры уголовно-правового характера... должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного». Тем самым категорию «соответствие» можно считать ближайшим понятием для определения соразмерности.

В наиболее общем смысле под соразмерностью в праве нужно понимать три взаимосвязанных между собой аспекта: цель, средство и масштаб. Первый аспект включает выявление избранной регулятором публичной цели (требование правомерной цели). Второй аспект предполагает установление разумной связи средства с желаемой целью и оценку имеющихся альтернативных мер (требования пригодности и необходимости). Наконец, третий аспект, представляя собой сущность соразмерности в широком смысле, тождествен масштабу судебного конституционного контроля. Отражая соответствие между целью и средствами,

¹ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 25, ст. 2954.

такой масштаб может обозначаться через разные термины (соразмерный, справедливый, разумный, соответствующий, адекватный и т.д.). Такие характеристики масштаба следует признать начальной абстракцией, не дающей пока отличительных признаков для понятия соразмерности.

Этот принцип как абстрактный масштаб вмешательства в конституционные права предполагает два основных сценария его конкретизации. Первый сценарий допускает интуитивное установление конституционным судьей соразмерного масштаба. Его можно сравнить с прирожденным чувством справедливого в этике или гармоничного в искусстве и эстетике. Этот сценарий в качестве предпосылки имеет широкое и свободное усмотрение судьи. Согласно второму сценарию, который можно называть рационально-логическим, судья имеет некий алгоритм и измеримый инструментарий для искомого масштаба. В ходе осуществления такого сценария судья последовательно следует разработанным в доктрине и предыдущей практике алгоритмам. Этот сценарий требует неукоснительного анализа структуры соразмерности и его отдельных элементов. В целом же соразмерность выступает родовым понятием. В таком качестве, пожалуй, с этим термином конкурирует только категория «пропорциональность». Поэтому можно сравнить эти два понятия.

1.2. Пропорциональность как синоним соразмерности

Наряду с понятием соразмерности в российской юриспруденции в широком смысле используется категория «пропорциональность» [5]. Некоторые авторы используют понятия соразмерности и пропорциональности в качестве синонимов [8]. Например, в дореволюционных словарях иностранных слов пропорциональность (лат. *proportionalis*) просто отождествлялась с соразмерностью [29, с. 720]. В современных изданиях прилагательное «пропорциональный» определяется так же, как «имеющий правильное соотношение частей с целым; соразмерный, соответственный, находящийся в определенном отношении к какой-либо величине» [2, с. 638]. Здесь важно отметить, что наряду с соразмерностью ключевыми понятиями, через которые дается дефиниция пропорцио-

нальности, выступают существительные «соответствие» и «отношение». Оба термина могут применяться в наиболее общем смысле, в том числе исходя из соображений удобочитаемости и исключения повторов в юридических текстах. Также «пропорциональность» как родовое понятие может использоваться в силу стилистических предпочтений конкретного исследователя.

Распространение термина «пропорциональность» в России объяснимо заимствованием юридической терминологии из английского языка (англ. *proportionality*). Немногие российские исследователи знают немецкий язык и знакомы с юридической доктриной, где был изначально разработан этот принцип. Английский же является главным языком академической коммуникации. Как и в английском языке, в большинстве европейских языков для обозначения рассматриваемого принципа используются термины, дословно обозначающие пропорциональность: во французском – *proportionnalité*; итальянском – *proporzionalità*; испанском – *proporcionalidad*; португальском – *proporcionalidade*; датском – *proportionalitet*; шведском – *proportionalitet* и др.

Исключение составляет немецкий язык, где в современной доктрине в качестве родового используется понятие соразмерности (нем. *Verhältnismäßigkeit*) [31; 60; 65]. С учетом немецкого происхождения термина «соразмерность» заслуживает внимания статья А. Г. Румянцева под названием «*Verhältnismäßigkeit – proportionality – соразмерность*» [21]. По мнению исследователя, «использование слова “пропорциональность” для обозначения данного принципа в русском языке неверно по сути, так как вызывает неправильные ассоциации. В немецком и английском слова *Verhältnis* или *proportional* и однокоренные имеют больший спектр значений, чем слова “пропорциональный” и “пропорциональность” в русском» [21, с. 157]. С таким выводом можно согласиться. Стоит также подчеркнуть, что А. Г. Румянцев имеет докторскую степень Университета Регенсбурга (Германия). Аналогичным образом российские исследователи, знакомые с немецкой юридической догматикой, чаще понятию пропорциональности предпочитают «соразмерность».

Тем не менее оба рассматриваемых термина являются наиболее близкими по смыслу. С учетом распространения терминологии в англоязычной академической среде понятие пропорциональности можно применять в отношении стран общего права и международного правопорядка. Именно в таком качестве категория «пропорциональность» была позаимствована постсоветским правоведением. Она широко используется в работах, посвященных анализу права Европейского Союза [7] или практике Европейского Суда по правам человека [22].

Использование понятия пропорциональности не согласуется с правилами юридической техники. Согласно одному из таких правил в нормотворчестве следует не перегружать текст иностранной терминологией¹. «Пропорциональность» является иностранным словом. Соответственно, в официальных документах без особой необходимости следует отдавать предпочтение русскоязычному понятию «соразмерность».

При этом в практике Конституционного Суда РФ используются оба термина, хотя и непоследовательно. В одних случаях имеется ссылка на критерии «пропорциональность» и «соразмерность»². Видимо, эти принципы чем-то различаются. В других случаях «соразмерность» и «пропорциональность» используются в качестве синонимов³. Также неясно, каким образом перевести различие обоих терминов на английский язык. Такой вывод не означает, что в конституционном правосудии нужно избегать понятия пропорциональности: это выглядело бы как очередной спор о терминах. Еще раз стоит подчеркнуть, что важнее прикладные вопросы применения рассматриваемого принципа для проверки конституционности законодательных и иных нормотворческих решений. Поэтому можно проанализировать вопрос о соотношении законодательного согласования и судейского взвешивания конфликтующих интересов.

2. Законодательное согласование и судейское взвешивание интересов

Понятия согласования и взвешивания (балансирования) в принципе являются синонимами. Однако их разграничение позволяет увидеть особенности двух самостоятельных феноменов, которые заслуживают даже более детального исследования. В этой статье проанализируем лишь проблемы терминологии.

2.1. Законодательное согласование интересов

Согласование интересов рассматривается в теории права как основа правопорядка [10]. В конституционализме его иногда употребляют в узком смысле по отношению к законодательной политике и правотворчеству [28]. Действительно, при подготовке законопроектов проблема конфликтующих интересов обычно обостряется, так как на результат парламентских дискуссий должны влиять идеологические установки. Примером трудностей в согласовании интересов в парламенте служит вопрос налогообложения. Сторонниками увеличения числа налогов и их ставок выступают социал-демократическая партия и представители иной левой идеологии. Напротив, ограничение вмешательства в экономику, включая сокращение налогового бремени характерно для либеральной идеологии и отчасти консервативных (правых) партий. Такие рассуждения во многом справедливы для либеральных демократий и не в полной мере соответствуют российским реалиям. Согласование интересов в Федеральном Собрании, однако, происходит, хотя публичным интересам чаще отдается приоритет. В целом же термин «согласование интересов» уместно распространять на правотворческую деятельность, с тем чтобы провести его отличие от судейского балансирования.

2.2. Судейское балансирование интересов

Другой общей категорией, которая близка по смыслу соразмерности, выступает «балансирование» и ее разновидности (баланс, взвешивание, сбалансированность, балансировка, равновесие и т.д.). Несмотря на широкое распространение, эти термины нельзя считать родовыми понятиями.

Отчасти употребление балансирования в качестве родового понятия связано с отождествлением его с соразмерностью в узком смысле

¹ См.: приказы Минюста РФ от 10 янв. 2001 г. № 3, Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ № 51 «Об утверждении Методических правил по организации законопроектной работы федеральных органов исполнительной власти» (п. 20) // Бюл. Минюста РФ. 2001. № 2.

² См.: постановление от 14 июня 2018 г. № 23-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2018. № 26, ст. 3932. Здесь и далее по тексту имеются в виду постановления и определения Конституционного Суда РФ.

³ См.: постановление от 20 июля 2018 г. № 34-П // Там же. 2018. № 31, ст. 5064.

(*stricto sensu*). Другой причиной общетеоретического употребления этого термина выступает влияние американских работ на глобальный конституционализм. Именно в американской юриспруденции балансирование (англ. *balancing*) считалось родовым понятием. Здесь уместно упомянуть широко цитируемую в работах о соразмерности статью 1986 г. профессора Томаса Алейникова (Thomas A. Aleinikoff) с запоминающимся названием «Конституционное право в эпоху балансирования» [30].

Одновременно американскую версию балансирования не следует отождествлять с континентальной моделью соразмерности в целом и даже с последним элементом этого принципа (соразмерность в узком смысле). Балансирование в этой стране лишено четкой структуры, характерной для континентального права. Американское балансирование и европейская соразмерность лишь частично пересекаются по содержанию. Наряду с балансированием американские суды используются и другие стандарты контроля [50], которые внешне схожи с элементами европейской соразмерности. Среди них тест рациональной основы (англ. *rational basis*), тест наименее обременительного средства (англ. *less restrictive means*) и т. д. Причем взаимосвязь этих судебных доктрин не всегда увязывалось с соразмерностью, да сам термин долгое время не был знаком американским юристам. Последний вывод хорошо выразил Джордж Берманн (George A. Bermann) в статье 1977 г. под названием «Принцип пропорциональности». «Вне зависимости от того, – утверждал профессор Колумбийского университета, – признает ли американское административное право общее требование соразмерности в отношении государственной деятельности, такой вопрос будет бесперспективным в адрес американского юриста. Если ему был бы задан этот вопрос, он, вероятно, даже не знал бы, как на него ответить. Наиболее вероятно, в ответ он бы спросил, что означает сам термин «пропорциональность» и какое отношение он имеет к административному праву» [33, р. 415]. Причем такие рассуждения без натяжки можно распространить на иные сферы права.

При этом в американском конституционализме наблюдалось явное неприятие принципа соразмерности в его европейском понимании [47]. Объяснить такое противостояние можно

антиформализмом. Американские юристы на уровне мышления критически настроены против механической юриспруденции, с которой ассоциируется европейская модель соразмерности. Нельзя исключать влияния американского оригинализма (англ. *originalism*), предполагающего следование изначальному либеральному замыслу отцов-основателей Конституции США. Это опасение небезосновательно, ведь одной из функций соразмерности является уполномочивание регуляторных органов на вмешательство в индивидуальные свободы. Господствующая в Америке либеральная идеология предполагает почти абсолютное понимание ряда базовых конституционных прав. К примеру, категоричность формулировок конституционных гарантий свободы выражения мнения на первый взгляд вообще не допускает применения принципа соразмерности. Несмотря на сопротивление по поводу заимствования европейской модели соразмерности, активно появляются исследования американских конституционалистов на предмет гармонизации академического дискурса с европейскими учеными. В них понятие соразмерности уже используется в унифицированном смысле [64]. Тем самым сужаются основания для использования балансирования в качестве родового понятия.

В российской доктрине понятие баланса все еще используется в качестве общей категории [20]. Авторы, рассматривающие баланс в качестве общетеоретической категории, основываются исключительно на достижениях российского правоведения. Показательна статья 2003 г. А. Курбатова с названием «Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе» [12]. На 10 страницах текста имеются ссылки исключительно на российские учебники и монографии, причем 4 раза допускается самоцитирование. В статье дается ссылка только на одно определение Конституционного Суда РФ. Хотя автор специализируется на частном праве, в работе такого рода нельзя было обойтись без анализа достижений глобального конституционализма.

Использование в российской доктрине понятия баланса также объяснимо влиянием международного правосудия [18]. Европейский Суд по правам человека часто использует в наибо-

лее широких целях доктрину справедливого баланса (англ. *fair balance*) [37; 58]. Такая терминология заимствуется в практике Конституционного Суда РФ. Так, в определении от 27 декабря 2005 г. № 503-О имеется ссылка на принцип «справедливого баланса частных и публичных интересов»¹. Однако понятие баланса интересов по сравнению с соразмерностью обладает более узкой сферой действия, обозначая последний элемент рассматриваемого принципа.

3 Соразмерность:

между чрезмерностью и недостаточностью

2.1. Запрет чрезмерности

Еще одним родственным с соразмерностью понятием является запрет чрезмерности, который сравнительно редко встречается в российском правоведении. В работах некоторых российских ученых этот термин используется в качестве синонима соразмерности [13; 24]. Его использование можно объяснить заимствованием немецкой догматики и сферой интересов этих исследователей, специализировавшихся на государственном праве Германии [14; 23]. Именно в немецкой доктрине запрет чрезмерности (нем. *Übermaßverbot*) получил широкое распространение, начиная с уже ставшей классической работы 1961 г. Питера Лерхе (Peter Lerche) [55]. Это понятие применялось и в практике Федерального Конституционного Суда Германии². Долгое время «запрет чрезмерности» считался родовым понятием, которое включало иные элементы, составляющие сейчас принцип соразмерности. Такой подход объясним диалектическим развитием конституционных прав. Самостоятельным признаком этих прав считается их ответный характер (нем. *Antwortcharakter*) [51]. Конституции, особенно принятые в ходе революций, являются реакцией на негативный опыт государственного произвола и нарушение индивидуальных свобод. Отрицание заложено в самой формулировке запрета чрезмерности. Это конституционное требование следует связать с негативной функцией конституционных прав, выражающейся в

недопустимости произвольных вмешательств государства в сферу индивидуальных свобод. Следовательно, запрет чрезмерности следует использовать преимущественно по отношению к тем конституционным правам, которые выполняют негативную функцию. Чаще всего к ним относят личные, политические и экономические права (классические свободы). Однако негативную функцию могут выполнять и конституционные права, которые в России обычно относятся к группе социальных прав (к примеру, свобода объединения в профсоюзы, свобода труда, академическая свобода и т.д.).

Понятие чрезмерности в похожем контексте встречается в американском конституционализме. Восьмая поправка к Конституции США запрещает чрезмерные залоги и штрафы, жестокие и необычные наказания. В данном случае конституционный запрет чрезмерности касается сферы уголовной и иной юридической ответственности. Примером использования указанной конституционной нормы служит решение Верховного Суда США от 18 января 1909 г., которое касалось значительного штрафа нефтяной компании. В решении указывалось на недопустимость судебного вторжения в прерогативы парламента штата по регулированию такой ответственности до тех пор, пока штрафы «не избыточно чрезмерны, чтобы достигать конфискации собственности без надлежащей правовой процедуры. В тех случаях, если в антимонопольном законодательстве штатов устанавливаются штрафы в размере 5000 долларов США в день, а после вынесения обвинительного приговора в течение 300 дней корпорация-ответчик была оштрафована на сумму более чем 1 600 000 долларов США, настоящий Суд не может считать штраф настолько чрезмерным, чтобы он составлял конфискацию собственности без надлежащей правовой процедуры, в условиях когда бизнес являлся многообразным и прибыльным в период нарушения, а корпорация располагал более 40 000 000 долларов активов и объявила о выплате дивидендов в размере нескольких сотен процентов»³. По сути в этом деле с помощью экономического анализа выгод и издержек был сделан вывод о соблюдении запрета чрезмерно-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 8, ст. 945.

² См.: *Beschluß des Ersten Senats vom 5. März 1968 1 BvR 579/67 [Zeugen Jehovas] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Bd. 23. S. 127, 133.*

³ См.: *Decision of United States Supreme Court Decided January 18, 1909, № 359 «Waters-Pierce Oil Co. v. Texas» // United States Reports. 1909. Vol. 212. P. 86.*

сти законодательных решений. В силу количественных показателей и с учетом обстоятельств дела штрафы не приобрели качества чрезмерности. В противоположных случаях Верховный Суд США, придя к заключению о нарушении конституционных стандартов, использует следующие характеристики государственной деятельности: «избыточно чрезмерные» (англ. *grossly excessive*), «очевидно чрезмерные» (англ. *clearly excessive*), «избыточно несоразмерные» (англ. *grossly disproportionate*).

Похожим образом понятие чрезмерности используется Конституционным Судом РФ. Таким примером является постановление от 4 апреля 1996 г. № 9-П, которое касалось проблемы специальных сборов при приобретении жилья в г. Москве и других городах. Конституционный Суд РФ подчеркнул, что «налогообложение, парализующее реализацию гражданами их конституционных прав, должно быть признано несоразмерным. Поэтому при чрезмерности налогов и сборов проблема их дифференциации в связи с обеспечением принципов равенства и справедливости приобретает особое значение»¹. Однако в судебной практике по сравнению с соразмерностью ссылка на чрезмерность встречается редко. Чаще всего это дела, которые касаются поддающихся измерению сумм, включая размеры страховых взносов², расходы по оплате услуг представителя в гражданском³ и арбитражном процессе⁴, договорной неустойки⁵ и т.п.

Иногда в конституционном правосудии наряду с понятием чрезмерный используется прилагательное «избыточный». Такая терминология была применена в деле, которое касалось проблемы включения времени ознакомления

обвиняемого с материалами уголовного дела в общие сроки содержания под стражей (постановление от 13 июня 1996 г. № 14-П). Конституционный Суд РФ пришел к выводу о недопустимости «избыточного или не ограниченно по продолжительности содержания под стражей». Особо было подчеркнуто, что «государство, даже имея цель воспрепятствовать злоупотреблению правом, ...должно использовать не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные целями меры»⁶. Несмотря на значимые публичные цели, которые включают предотвращение для стороны защиты в уголовном процессе недобросовестного поведения (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ), меры государственного принуждения в этой сфере в силу своей суровости не должны быть чрезмерными и избыточными.

Ссылаясь на понятие чрезмерности, Конституционный Суд РФ указывает недостатки формализма в правоприменении. Такой подход был реализован в деле о ввозе в Россию незадекларированной валюты. Хотя предельная сумма (10 000 долл. США, или 250 000 руб.) была превышена лишь незначительно (328 685 руб. по официальному курсу), в отношении заявительницы было возбуждено уголовное дело. В постановлении от 27 мая 2008 г. № 8-П был указан на «недопущение использования средств уголовного закона для несоразмерного, избыточного ограничения прав и свобод при применении мер уголовной ответственности»⁷. В данном случае избыточность связана с явной чрезмерностью жестких уголовно-правовых мер при наличии в законодательстве сопоставимых административно-правовых средств и в связи отсутствием механизмов, позволяющих учитывать незначительность правонарушения.

Ссылка на запрет чрезмерности не всегда означает в итоге следование Конституционным Судом РФ либеральным подходам. Так, в постановлении от 16 июля 2004 г. № 14-П был сформулирован принцип «недопустимости избыточного или неограниченного по продолжительности мер налогового контроля и обоснованности предельных сроков проведения вы-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 16, ст. 1909.

² Постановление от 24 фев. 1998 г. № 7-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 10, ст. 1242.

³ См.: определения: от 20 окт. 2005 г. № 355-О. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision31495.pdf>; от 17 июля 2007 г. № 382-О-О. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision31495.pdf>; от 22 марта 2011 г. № 361-О-О. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision31495.pdf>; от 21 марта 2013 г. № 399-О. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision128246.pdf>; от 17 июня 2013 г. № 924-О. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision134554.pdf>.

⁴ Определения: от 21 дек. 2004 г. № 454-О. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision31207.pdf>; от 25 фев. 2010 г. № 224-О-О. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision24032.pdf>.

⁵ Определение от 21 дек. 2000 г. № 263-О. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision31281.pdf>.

⁶ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 26, ст. 3185.

⁷ Там же. 2008. № 24, ст. 2892.

ездных налоговых проверок»¹, но итоговое решение было не в пользу заявителей. На расхождение между сформулированным принципом и результатами судебного разбирательства по этому делу указал А. Л. Кононов. По мнению судьи, когда были возможны перерывы или приостановление сроков налоговых проверок, «установленные законодателем ограничения длительности такой проверки лишаются правового смысла как гарантии налогоплательщика от произвола и чрезмерного вмешательства налогового органа в его хозяйственную деятельность, что лишает налогоплательщика защиты от таких нарушений». Причем судья А. Л. Кононов обратил внимание на то, что в тексте решения на фоне «нагнетания важности защиты государственных нужд оценка угрозы произвола в отношении прав и интересов налогоплательщиков оказалась неадекватной и явно заниженной». Поэтому приоритет публичных целей в конституционном судопроизводстве может обусловить оправдание чрезмерных вмешательств в конституционные права.

Интересным в теоретическом смысле примером использования понятия чрезмерности служит дело о повторных прокурорских проверках некоммерческих организаций (постановление от 17 февраля 2015 г. № 2-П)². Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что проведение в отношении определенной «некоммерческой организации проверочных мероприятий повторно (т.е. в связи с теми же фактами, которым по итогам ранее проведенной проверки уже была дана или должна была быть дана правовая квалификация, при отсутствии каких-либо новых или вновь открывшихся обстоятельств) приводило бы к необоснованному и чрезмерному стеснению деятельности некоммерческой организации, что несовместимо с конституционными принципами взаимоотношений институтов гражданского общества и публичной власти». Тем самым чрезмерность представляет собой новое состояние за счет постепенно накопившихся вмешательств в конституционную свободу объединения. Словно в духе закона диалектического перехода количества в качество кумулятивный эффект от незначительных и допустимых самих по себе го-

сударственных мер определяет трансформацию от соразмерности к чрезмерности.

Соотношение запрета чрезмерности и принципа соразмерности носит динамический характер. Сейчас можно заметить эволюцию соразмерности от первоначального либерального запрета чрезмерности к новым формам, которые связаны с дополнением публичных целей за счет вопросов социальной политики. По мнению Эрика Энгле (Eric Engle) понятие соразмерности «эволюционировало от запрета чрезмерности (*Übermaßverbot*) (государство не должно действовать слишком грубо) к более ясному и ограничительному принципу, согласно которому государство должно использовать соразмерные средства для легитимных целей (*Verhältnismäßigkeit*) в поствоенную эпоху» [41, р. 270]. Это мнение можно интерпретировать посредством одного из правил формальной логики, так называемой диалектической триады (тезис – антитезис – синтез). Тезисом выступает широко распространенный произвол государственной власти, существовавший в эпохи Средневековья и абсолютизма, его антитезисом будет сформулированный через отрицание запрет чрезмерности, а синтезом – позитивно выраженный конституционный принцип соразмерности. Разница между вторым и третьим элементами в этой триаде незначительна, просто антитезис отличается негативной формулировкой. Вместе с тем запрет чрезмерности является лишь промежуточным этапом в дальнейшем диалектическом развитии соразмерности. С учетом закономерностей постоянного изменения социальных систем принцип соразмерности в настоящее время эволюционировал, представ в форме запрета недостаточности.

2. Запрет недостаточности

Наряду с чрезмерностью анализа заслуживает парное понятие недостаточности, используемое в германском конституционализме. Дословно ее на русский язык можно перевести как запрет недомера (нем. *Untermaßverbot*) [39; 40]. В технических областях этим термином обозначается «размер меньше номинального», «нижний предельный допуск» [17, с. 537]. Более благозвучны термины «запрет недостаточности» (англ. *prohibition of insufficiency*) [38, р. 25] или «запрет недоста-

¹ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 30, ст. 3214.

² См.: Там же. 2015. № 9, ст. 1389.

точных действий» (англ. *prohibition of insufficient action*) [35, р. 60]. Именно так переводится рассматриваемый немецкий термин на английский язык.

Идеологические предпосылки. Дифференциация запретов чрезмерности и недостаточности вытекает из различия либеральной и левой идеологий. Первому запрету в большей мере соответствует либеральная концепция конституционных прав. Второй запрет вытекает из социалистических (коммунитарных) направлений в понимании взаимоотношения личности и государства. В российских условиях, где сохраняются социалистические традиции в праве, такое различие может показаться не принципиальным. В то же время в американском конституционализме в силу стойких либеральных представлений о неприкосновенности личных свобод такое деление приобрело практическое значение. Так, в решении от 22 февраля 1989 г. Верховный Суд США не нашел нарушения восьмой поправки к Конституции США, запрещающей недостойное обращение и необычные наказания, по жалобе ребенка, подвергавшегося домашнему насилию со стороны собственного отца. Решение было аргументировано недопустимостью вмешательства государства в частную жизнь и отсутствием у частных лиц обязанности соблюдать Конституцию¹. Такая аргументация связана с тем, что либерализм видит угрозы государственного вторжения в отношения частных лиц, включая расширение круга полномочий властных органов. Исходя из такой логики запреты чрезмерности и недостаточности взаимозависимы. Чем шире полномочия публичной власти по вмешательству в общественную жизнь, тем значительнее угрозы для автономии индивида. Аналогичным образом органы конституционного правосудия, считаящие своим приоритетом защиту социальных прав, порой забывают о необходимости гарантирования классических конституционных свобод.

В практике Федерального конституционного суда Германии обоснование запрета недостаточности первоначально определялось расширением государственных обязательств

по защите (нем. *Schutzpflicht*) основных прав [36]. Примером, где был концептуально реализован запрет недостаточности, является дело «об аборте»². В нем отмечалось, что «государство не должно уклоняться от своих обязательств только посредством признания “свободной от правового регулирования сферы”, воздерживаясь от оценки и оставив вопрос для решения индивида под его собственную ответственность. То, каким образом государство осуществляет свою обязанность по эффективной защите развивающейся жизни, подлежит решать в первую очередь законодателю. Он принимает решение о том, какие охранительные меры он считает целесообразными и необходимыми для обеспечения действенной защиты жизни». В данном случае законодатель не может выполнять только негативные обязательства по невмешательству, полагаясь исключительно на свободный выбор женщины, но и обладает усмотрением по выбору мер, направленных на защиту конкурирующих ценностей.

С рассматриваемым запретом пересекается распространенная в практике Европейского Суда по правам человека доктрина позитивных обязательств государства [52; 54; 59]. В постановлении от 13 июня 1979 г. «Маркс против Бельгии» было подчеркнуто, что целью права на частную жизнь «является главным образом защита лица от произвольного вмешательства публичных властей ... [это право] не просто требует, чтобы государство воздерживалось от подобного вмешательства. В дополнение к этой его негативной обязанности могут существовать и позитивные обязанности государства, заключающиеся в реальном “уважении” семейной жизни» (п. 31)³. Причем доктрина позитивных обязательств позволяет Европейскому Суду по правам человека не только защищать конвенционные права, выполняющие негативную функцию, но и фактически расширить сферу действия конвенционных права за счет социальных прав [61]. Доктрина позитивных

¹ См.: United States Supreme Court, decided February 22, 1989, No. 87-154 «DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services» // United States Supreme Court Reports. 1989. Vol. 489. Pp. 189, 196.

² Urteil des Ersten Senats vom 25. Februar 1975, 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 [Schwangerschaftsabbruch] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1975. Bd. 39. S. 1.

³ См.: постановление Европейского Суда по правам человека от 13 июня 1979 г. «Маркс (Marckx) против Бельгии», жалоба № 6833/74 (извлечение) // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. М.: Норма, 2000. Т. 1. С. 231–270.

обязательств позволяет оценивать соразмерность бездействия государств-членов сверх к тем негативным обязательствам, которые изначально были согласованы в Совете Европы.

Характер обязательств государства. В своей основе запрет недостаточности в государственном праве Германии формируется вокруг понятия обязательств государственной власти по защите конституционных прав. По оценке А. Фосскуле, в соответствии с данным требованием «государство должно выполнять свои обязанности по гарантированию основных прав собственных граждан на уровне не ниже конституционно установленного» [68, S. 430]. При этом Федеральный конституционный суд Германии считает трансформацию представлений об обязательствах государства не отменой, а лишь укреплением их изначально либерального смысла. В решении от 1 марта 1979 г. подчеркивается, что конституционные права «согласно истории и их нынешнему содержанию, это в первую очередь индивидуальные права, права человека и гражданина, которые имеют своим предметом защиту конкретных особенно уязвимых областей человеческой свободы. Функция основных прав как объективных принципов состоит в существенном укреплении их юридической силы..., но имеет первооснову в этом первоначальном значении ... Поэтому они не теряют своего ядра и при их преобразовании в форму объективных норм, в которой лишь отступает этот первоначальный, но сохраняющийся смысл основных прав»¹. Соответственно принцип соразмерности в дополнение к первоначально негативной и получает позитивную функцию, требующую активной деятельности органов власти. Иначе говоря, наряду с либеральным запретом чрезмерности государству предписывается осуществлять позитивные меры, направленные на осуществление конституционных прав. В последнем случае функция соразмерности близка, хотя полностью не тождественна роли социального государства, гарантирующего гражданам определенный минимум достойной жизни.

Объективное содержание vs. субъективные права. В запрете недостаточности на первый план выходит объективный характер конституционных прав, а не их субъективный характер и способность к судебной защите (свойство юстициабельности). Данный запрет имеет непосредственное нормативное основание в главе второй Конституции РФ, которая не допускает издания законов, отменяющих или умаляющих конституционные права (ч. 2 ст. 55). Запрет недостаточности может быть выведен лишь косвенно из обязательства государства по защите конституционных прав (ст. 2). В силу этой основы конституционного строя органы власти должны осуществлять законодательные и административные меры, необходимые для гарантирования основных прав. Однако объективное содержание запрета недостаточности не позволяет его прямо защищать в судебном порядке. Здесь лицо выступает скорее выгодополучателем благ в результате выполнения государством обязательства по защите и поддержке.

Бездействие как форма нарушения. Основной формой нарушения запрета недостаточности выступает бездействие законодателя или иных нормотворческих органов. Отсюда понятны трудности юстициабельности конституционных прав, выполняющих позитивные функции. Рассматриваемый запрет нарушается, когда государственные органы бездействуют или воздерживаются от принятия мер по положительному обеспечению конституционных прав. Запрет недостаточности направлен против пассивности государства или безучастного поведения властей (бездействие или недостаточное действие).

Данному проявлению соразмерности противоречат ситуации, когда государственные органы избегают выполнения собственных обязательств, вытекающих из конституционных прав. Схожие рассуждения имеются в известном «чеченском деле». В решении было подчеркнуто, что «федеральные органы власти Российской Федерации ослабили правозащитную деятельность в Чеченской Республике, не обеспечили охрану государственных складов оружия на ее территории, в течение нескольких лет проявляли пассивность в решении проблем взаимоотношений с этой республикой как

¹ См.: *Urteil des Ersten Senats vom 1. März 1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 [Mitbestimmung] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1979. Bd. 50. S. 290, 337.*

субъектом Российской Федерации»¹. Тем самым Конституционный Суд РФ посчитал бездействие властей в качестве важной предпосылки федерального вмешательства на территории этого региона, сопряженного с ограничением конституционных свобод.

Усмотрение законодателя и процессуальные проблемы. При соблюдении запрета недостаточности и выполнении позитивных обязательств государственные органы пользуются широкой свободой усмотрения. По мнению Майнхарда Хильфа (Meinhard Hilf), «если государство должно активно действовать, например, в силу выполнения обязанности по защите [прав], вытекающей из Основного закона, ему предоставляется широкая дискреция в том, как действовать. Государственный орган, в чей компетенции находится данная обязанность, будет ответствен только в случае, когда он полностью не справился с деятельностью или предпринятые меры очевидно и крайне неадекватны для защиты благополучателя» [45, р. 41]. Широкая дискреция законодателя определяет процессуальные проблемы. Проверка в конституционном судопроизводстве соблюдения соразмерности законодателем, выполняющим позитивные обязательства, изначально затруднена. Взаимодействие Конституционного Суда РФ с парламентом в этой сфере будет связано с оценкой целесообразности финансирования соответствующих мер. Не исключено и вторжение органа конституционного правосудия в вопросы стратегического планирования социально-экономической политики. Кроме того, возникает вопрос о допустимости конституционных жалоб по поводу невыполнения регуляторами обязательств в форме бездействия [42; 57] и фактически восполнения законодательных пробелов. Согласно неоднократно высказанной позиции, Конституционный Суд Российской Федерации не вправе восполнять пробелы в правовом регулировании, т. е. подменять законодателя². В то же время отношения конституционной юстиции с законодателем в вопросах восполнения пробелов не являются такими однозначными.

Допустимость конституционной жалобы, в которой ставится вопрос о бездействии парламента, может зависеть от ряда факторов. Одним из них является долгое невыполнение парламентом судебных рекомендаций по изменению или установлению новых механизмов осуществления конституционных прав. С учетом подобных факторов интенсивность судебного контроля законодательных пробелов может повышаться. Длительный период существования пробела позволяет Конституционному Суду РФ отказываться от приема разумной сдержанности при первом обращении к вопросу законодательного бездействия в пользу судейского активизма при его повторном рассмотрении³. В целом проблема обжалования законодательных пробелов требует более подробного анализа в части взаимодействия конституционной юстиции с парламентом.

Запрет недостаточности теоретически ставит проблему о праве заявителей на определенное законодательное поведение, пусть и не на прямое восполнение пробелов. С таким выводом пересекается концепция «права на закон», которая была использована в деле о льготных авиаперелетах для детей (постановление от 20 декабря 2011 г. № 29-П)⁴. В особом мнении Г. А. Гаджиев подчеркивал, что «из конституционных принципов и норм может быть выведено конституционное «право на закон» ... [это] однако, не означает, что граждане могут требовать совершенное законодательство, не имеющее пробелов (лакун), ибо Конституция Российской Федерации не оперирует подобными априори неисполнимыми велениями. Однако исходя из конституционного «права на закон» и имея в виду статью 2 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой основной конституционной обязанностью государства считается признание (в том числе судом) прав и свобод человека и гражданина, Конституционный Суд Российской Федерации вправе установить факт неконституционности вследствие такого законодательного пробела, когда парламент длительное время остается

¹ См.: постановление от 31 июля 1995 г. № 10-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33, ст. 3424.

² Определение от 3 июля 1997 г. № 87-О // Конституц. Суд РФ: офиц. сайт. URL: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRF_Decision32342.pdf.

³ См.: постановление от 2 февр. 1999 г. № 3-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 6, ст. 867; определение от 9 нояб. 2009 г. № 1344-О-П // Там же. 2009. № 48, ст. 5867.

⁴ См.: Собрание законодательства Рос. Федерации. 2012. № 2, ст. 397.

пассивным и равнодушным относительно конституционных предписаний, принадлежащих к основам конституционного строя»¹. Такая характеристика права на закон совпадает по смыслу с запретом недостаточности. Предложенная Судом концепция ограничена законодательным бездействием. С учетом обжалования в конституционном судопроизводстве иных нормативных актов можно говорить о запрете недостаточности административных действий, а косвенно и органов правосудия. В упомянутом деле о детских льготах на авиаперелеты было обращено внимание на социальные функции, выполняемые воздушным законодательством. Преимущественной сферой действия запрета недостаточности будут социальные права или права, выполняющие позитивную функцию.

Вывод

В конституционализме догматический метод выступает необходимым средством системного представления о соразмерности при условии его взаимного дополнения с междисциплинарным подходом и ориентацией на судебную практику. В отечественной юриспруденции наряду с широкими по содержанию категориями «пропорциональность», «согласование», «балансирование» в качестве родового понятия предпочтительнее использовать термин «соразмерность». В таком качестве данный принцип, распространяя свое действие на большинство отраслей и институтов правовой системы, представляет собой масштаб по установлению соответствия между основополагающими правами и избранными законодателем средствами по достижению конституционно признаваемых целей.

Результаты

Понятие пропорциональности можно употреблять в качестве синонима соразмерности, а также использовать для обозначения англоязычных и международно-правовых моделей этого принципа. Предлагается условно отграничивать законодательное согласование от судебного балансирования частных и публичных интересов. Термин «согласование» можно употреблять в отношении правотворчества. Представительные органы осуществляют пер-

воначальное соизмерение нормативного содержания конституционных прав с целями законодательной политики государства. «Балансирование» и иные производные термины (взвешивание, сбалансированность, балансировка) можно употреблять применительно к судебной деятельности. Категорию «баланс интересов» можно отождествить с понятием соразмерности в узком смысле. Такая терминология будет касаться исключительно последней стадии проверки соразмерности в конституционном судопроизводстве.

В силу разной идеологической направленности и с учетом дополнения негативной функции конституционных прав доктриной позитивных обязательств государства единый принцип соразмерности охватывает два конституционных запрета. Запрет чрезмерности нарушается в форме активного поведения и касается невыполнения негативных обязательств государства. Запрет недостаточности чаще не соблюдается в форме бездействия, когда государство не исполняет своих позитивных обязательств. Учитывая последнее обстоятельство, можно говорить о том, что понятие запрета недостаточных действий публичной власти чаще всего имеет практическое значение в обеспечении социальных прав или иных конституционных прав, выполняющих позитивную функцию.

Библиографический список

1. Арановский К. В. Конституционная традиция в российской среде. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. 656 с.
2. Большой иллюстрированный словарь иностранных слов. М.: АСТ; Астрель; Русские словари, 2002. 960 с.
3. Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма, Инфра-М, 2011. 544 с.
4. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики. (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М.: Юристъ, 2004. 286 с.
5. Гаджиев Г. А. О принципе пропорциональности и конституционной кассации // Судья. 2019. № 7. С. 56–63
6. Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права / под ред. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. 496 с.

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. 2012. № 1.

7. Дедов Д. И. Принцип пропорциональности в праве ЕС // Преподавание права Европейского Союза в российских вузах. М.: Статут, 2001. С. 134–145.
8. Евстигнеева Е. Е. Принцип соразмерности (пропорциональности) как элемент европейской правовой культуры // Правовые культуры. М.: РУДН, 2012. С. 140–148.
9. Жуков В. Н. Юриспруденция как наука: возвращение к забытым истинам // Государство и право. 2017. № 9. С. 5–24.
10. Иванец Г. И. Право как нормативное выражение согласованных интересов // Право и образование. 2001. № 3. С. 74–81.
11. Каранетов А. Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 4. С. 6–69; № 5. С. 6–56.
12. Курбатов А. Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе // Хозяйство и право. 2001. № 6. С. 88–97.
13. Ледях И. А. Конституционный Суд РФ: компетенция, принципы и формы защиты прав и свобод человека и гражданина // Права человека / отв. ред. Е. А. Лукашева. 2-е изд., перераб. М.: Норма, 2009. С. 303–317.
14. Ледях И. А. Права граждан: буржуазные теории и практика ФРГ. М.: Наука, 1986. 188 с.
15. Михайлов А. М. Юридическая догма и формально-юридический (догматический) метод в постсоветском правоведении // Проблемы постсоветской теории и философии права: перспективы свободного общества: сб. ст. М.: Юрлитинформ, 2018. С. 149–201.
16. Муромцев С. А. Что такое догма права? Критико-полемиическая заметка по поводу статьи Гольмстена «Несколько мыслей о позитивизме в науке права» в «Журнале Гражданского и Уголовного права» за 1884 г., кн. 3 // Юридический вестник. 1884. Кн. 4. С. 759–765; кн. 5. С. 231–240.
17. Немецко-русский строительный словарь / под ред. Н. И. Поливанова, М. А. Предтеченского. М.: Сов. энцикл., 1972. 612 с.
18. Нешатаева Т. Н., Старженецкий В. В. Соблюдение баланса публичного и частного интереса // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000. № 4. С. 110–113.
19. Подмарев А. А. Соразмерность как конституционный принцип ограничения прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации // Известия Саратовского университета. Новая серия. Серия Экономика. Управление. Право. 2021. Т. 21., вып. 1. С. 83–91.
20. Пчелинцев С. В. Роль ограничения прав и свобод граждан в обеспечении баланса интересов личности, общества и государства // Право и политика. 2006. № 5. С. 32–39.
21. Румянцев А. Г. Verhältnismäßigkeit – proportionality – соразмерность // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 5. С. 156–158.
22. Соковнин В. А. Принцип пропорциональности в решениях Европейского суда по правам человека и российской судебной практике // Актуальные проблемы международного публичного и частного права / отв. ред. Е. В. Мохова. Пермь: Перм. ун-т, 2007. Вып. 1. С. 89–103.
23. Соколов А. Н. Извращение права в фашистской Германии и опыт России в становлении правового государства (сравнительно-правовой анализ): монография / А. Н. Соколов, Л. Э. Котковский. Калининград: Калинингр. ЮИ МВД России, 2012. 70 с.
24. Соколов А. Н. Институты правового государства – в законотворчество и правоприменение России // Правовое государство: теория и практика. 2012. № 1 (27). С. 7–15.
25. Тимошина Е. В., Краевский А. А., Салмин Д. Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 14. Право. 2015. № 3. С. 4–34.
26. Трубецкой Н. С. Основы фонологии. М.: Аспект Пресс, 2000. 352 с.
27. Туманов В. А. Догма права // Большая сов. энцикл.: в 30 т. Т. 8: Дебитор – Евкалипт / гл. ред. А. М. Прохоров. М.: Сов. энцикл., 1972.
28. Червонюк В. И., Гойман-Калинский И. В. Согласование интересов как вид современных законодательных технологий // Государство и право. 2004. № 8. С. 30–38.
29. Чудинов А. Н. Словарь иностранных слов, вошедших в состав русского языка. СПб.: Изд-во В. И. Губинского, 1894. 994 с.
30. Aleinikoff T. A. Constitutional Law in the Age of Balancing // The Yale Law Journal. 1986. Vol. 96, № 5. Pp. 943–1005.

31. *Alexy R.* Grundrechte und Verhältnismäßigkeit // Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa: Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig / hrsg. U. Schliesky; R. Alexy. Heidelberg: Müller, 2011. S. 3–15.
32. *Beatty D. M.* The Ultimate Rule of Law. Oxford: Oxford University Press, 2004. 193 p.
33. *Bermann G. A.* The Principle of Proportionality // American Journal of Comparative Law Supplement. 1977. Vol. 26. Pp. 415–432.
34. *Bettermann A.* Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Besteuerung von Altkontrakten durch das Absicherungsgesetz / A. Bettermann, E. Loh // Betriebs-Berater. 1969. Bd. 24, H. 2. S. 70–72.
35. *Bydlinskif, F.* Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR // Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights / ed. A. Fenyves, E. Karner. Berlin: de Gruyter, 2011. Pp. 29–128.
36. *Calliess Ch.* Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten // Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag / hrsg. R. Grote. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. S. 201–218.
37. *Christoffersen J.* Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. 668 p.
38. *Clérico L.* Proportionality in Social Rights Adjudication: Making it Workable // Proportionality in Law: an analytical perspective / ed. D. Duarte. New York: Springer, 2018. Pp. 25–48.
39. *Denninger E.* Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot // Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit; Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz / hrsg. H. Däubler-Gmelin. Baden-Baden: Nomos, 1994. S. 561–572.
40. *Dietlein J.* Das Untermaßverbot: Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur // Zeitschrift für Gesetzgebung [ZG]. 1995. Bd. 10, H. 1. S. 131–141.
41. *Engle E. A.* The General Principle of Proportionality and Aristotle // Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice / ed. L. Huppes-Cluysenaer, C. A. Bates. Dordrecht: Springer, 2013. Pp. 265–276.
42. *Eskridge W. N.* Interpreting Legislative Inaction // Michigan Law Review. 1988. Vol. 87, № 1. Pp. 67–137.
43. *Fordham M.* Identifying the Principles of Proportionality / M. Fordham, T. de la Mare // Understanding Human Rights Principles / eds. J. Jo- well, J. Cooper. Oxford: Hart, 2001. Pp. 27–89.
44. *Grechenig K., Gelter M.* Divergente Evolution des Rechtsdenkens – von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. 2008. Bd. 72, H. 3. S. 513–561.
45. *Hilf M.* Margin of Appreciation revisited: The Balancing the Pole in Multilevel Governance / M. Hilf, T. R. Salomon // Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law: Liber Amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann / ed. M. Cremona. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014. Pp. 37–49.
46. *Huster S.* Allgemeine Grundrechtsdogmatik. Baden-Baden: Nomos, 2021. 200 S.
47. *Jackson V. C.* Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on «Proportionality», Rights and Federalism // University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. 1999. Vol. 1, № 3. Pp. 583–639.
48. *Jakobs M. Ch.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht. Köln: Heymann, 1985. 243 S.
49. *Kelsen H.* The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence // Harvard Law Review. 1941. № 55. Pp. 50–66.
50. *Kelso R. R.* United States Standards of Review versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry // Ohio Northern University Law Review. 2013. Vol. 39. Pp. 455–504.
51. *Kirchhof P.* Der Antwortcharakter der Verfassung // Verfassungsvoraussetzungen: Gedächtnisschrift für Winfried Brugger / hrsg. von M. Anderheiden, R. Keil, St. Kirste, J. Ph. Schaefer. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. S. 447–461.
52. *Klatt M.* Positive Obligations under the European Convention on Human Rights // Heidelberg Journal of International Law. 2011. Vol. 71. Pp. 691–718.
53. *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, № 3. Pp. 531–567.
54. *Lavrysen L.* Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European

Convention on Human Rights. Cambridge: Intersentia, 2016. 428 p.

55. *Lerche P.* Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Goldbach: Keip, 1999 [1961]. 361 S.

56. *Möllers T. M. J.* Juristische Methodenlehre. München: C. H. Beck, 2021. 600 S.

57. *Mörtl M.* Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten: die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen // Die öffentliche Verwaltung [DÖV]. 1998. Bd. 51, H. 24. S. 1029–1039.

58. *Mowbray A.* A study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights // Human Rights Law Review. 2010. Vol. 10, № 2. Pp. 289–317. DOI: 10.1093/hrlr/ngq006.

59. *Mowbray A. R.* Development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights. Oxford: Hart, 2004. 239 p.

60. *Nußberger A.* Verhältnismäßigkeit als richterliches Strukturprinzip // Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. 2013. Bd. 32, H. 14. Beilage 1 (60 Jahre Bundesverwaltungsgericht). S. 36–43.

61. *O’Cinneide C.* The social dimension of ECHR rights: Escaping the dead hand of orthodoxy // Melanges en l’honneur de / Essays in honour of Dean Spielmann. Oisterwijk: Wolf legal publishers, 2015. Pp. 445–455.

62. *Otte G.* Ist die Begriffsjurisprudenz wirklich tot? // Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935 / hrsg. W. Hadding. Berlin: de Gruyter, 1999. S. 433–446.

63. *Posner R. A.* The decline of law as an autonomous discipline: 1962–1987 // Harvard Law Review. 1986. Vol. 100, № 4. Pp. 761–780.

64. *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* / ed. V. C. Jackson, M. Tushnet. New York: Cambridge University Press, 2017. 343 p. DOI:10.1017/9781316691724

65. *Ress G.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht // Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen / H. Kutscher, G. Ress u.a. (Mitverf). Heidelberg: Müller, 1985. S. 5–51.

66. *Smits J. M.* What Is Legal Doctrine? On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research // Rethinking legal scholarship: a transatlantic dialogue / ed. R. van Gestel, H.-W. Micklitz,

E. L. Rubin. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. Pp. 207–228. DOI: 10.1017/9781316442906.006.

67. *Urbina F. J.* Is it Really That Easy? A Critique of Proportionality and «Balancing as Reasoning» // Canadian Journal of Law and Jurisprudence. 2014. Vol. 27. Pp. 167–192.

68. *Voßkuhle A.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit // Juristische Schulung [JuS]. 2007. Bd. 47, H. 5. S. 429–431.

References

1. *Aranovskiy K. V.* *Konstitutsionnaya traditsiya v rossiyskoy srede* [Constitutional Tradition in the Russian Milieu]. St. Petersburg, 2003. 656 p. (In Russ.).

2. *Bol’shoy illyustrirovannyi slovar’ inostrannykh slov* [Large Illustrated Dictionary of Foreign Words]. Moscow, 2002. 960 p. (In Russ.).

3. *Bondar’ N. S.* *Sudebnyy konstitutsionalizm v Rossii v svete konstitutsionnogo pravosudiya* [Judicial Constitutionalism in Russia in the Context of Constitutional Justice]. Moscow, 2011. 544 p. (In Russ.).

4. *Gadzhiev G. A.* *Konstitutsionnye printsipy rynochnoy ekonomiki. (Razvitie osnov grazhdanskogo prava v resheniyakh Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii)* [Constitutional Principles of Market Economy. (Development of the Foundations of Civil Law in the Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation)]. Moscow, 2004. 286 p. (In Russ.).

5. *Gadzhiev G. A.* *O printsipe proporsional’nosti i konstitutsionnoy kassatsii* [On the Principle of Proportionality and Constitutional Cassation]. *Sud’ya – The Judge*. 2019. Issue 7. Pp. 56–63. (In Russ.).

6. *Grimm D. D.* *Lektsii po dogme rimskogo prava* [Lectures on the Dogma of Roman Law]. Ed. by V. A. Tomsinov. Moscow, 2003. 496 p. (In Russ.).

7. *Dedov D. I.* *Printsip proporsional’nosti v prave ES* [The Principle of Proportionality in EU Law]. *Prepodavanie prava Evropeyskogo Soyuzu v rossiyskikh vuzakh* [Teaching European Union Law in Russian Universities]. Moscow, 2001. Pp. 134–145. (In Russ.).

8. *Evstigneeva E. E.* *Printsip sorazmernosti (proporsional’nosti) kak element evropeyskoy pravovoy kul’tury* [The Principle of Proportionality

as an Element of the European Legal Culture]. *Pravoye kul'tury* [Legal Cultures]. Moscow, 2012. Pp. 140–148. (In Russ.).

9. Zhukov V. N. *Yurisprudentsiya kak nauka: vozvrashheniye k zabytym istinam* [Jurisprudence as a Science: a Return to the Forgotten Truths]. *Gosudarstvo i pravo* – State and Law. 2017. Issue 9. Pp. 5–24. (In Russ.).

10. Ivanets G. I. *Pravo kak normativnoe vyrazhenie soglasovannykh interesov* [Law as a Normative Expression of Aligned Interests]. *Pravo i obrazovanie* – Law and Education. 2001. Issue 3. Pp. 74–81. (In Russ.).

11. Karapetov A. G. *Politika i dogmatika grazhdanskogo prava: istoricheskiy ocherk* [Politics and Dogmatics of Civil Law: a Historical Essay]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii* – Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation. 2010. Issue 4. Pp. 6–69; Issue 5. Pp. 6–56. (In Russ.).

12. Kurbatov A. *Obespechenie balansa chastnykh i publicnykh interesov – osnovnaya zadacha prava na sovremennom etape* [Ensuring the Balance of Private and Public Interests as the Main Task of Law at the Present Stage]. *Khozyaystvo i pravo* – Business and Law. 2001. Issue 6. Pp. 88–97. (In Russ.).

13. Ledyakh I. A. *Konstitutsionnyy Sud RF: kompetentsiya, printsipy i formy zashchity prav i svobod cheloveka i grazhdanina* [Constitutional Court of the Russian Federation: Competence, Principles and Forms of Protection of Human and Civil Rights and Freedoms]. *Prava cheloveka* [Human Rights]. Ed. by E. A. Lukasheva. 2nd ed., revised. Moscow, 2009. Pp. 303–317. (In Russ.).

14. Ledyakh I. A. *Prava grazhdan: burzhuaznye teorii i praktika FRG* [Citizens' Rights: Bourgeois Theories and Practice of the Federal Republic of Germany]. Moscow, 1986. 188 p. (In Russ.).

15. Mikhaylov A. M. *Yuridicheskaya dogma i formal'no-yuridicheskiy (dogmaticheskiy) metod v postsovetском pravovedenii* [Legal Dogma and Formal-Legal (Dogmatic) Method in Post-Soviet Jurisprudence]. *Problemy postsovetской teorii i filosofii prava: perspektivy svobodnogo obshchestva. Sbornik statey* [Problems of Post-Soviet Theory and Philosophy of Law: Prospects for a Free Society. Collection of Articles]. Moscow, 2018. Pp. 149–201. (In Russ.).

16. Muromtsev S. A. *Chto takoe dogma prava? Kritiko-polemicheskaya zametka po povodu stat'i Gol'mstena «Neskol'ko mysley o pozitivizme v nauke prava» v «Zhurnale Grazhdanskogo i Ugolovnogogo prava» za 1884 g., kn. 3* [What Is a Dogma of Law? A Critical Polemic Note on the Holmsten's Article 'A Few Thoughts on Positivism in the Science of Law' in the Journal of Civil and Criminal Law, 1884, Vol. 3]. *Yuridicheskiy vestnik* – Legal Bulletin. 1884. Issue 4. Pp. 759–765; Issue 5. Pp. 231–240. (In Russ.).

17. *Nemetsko-russkiy stroitel'nyy slovar'* [The German-Russian Construction Dictionary]. Ed. by N. I. Polivanov, M. A. Predtechenskiy. Moscow, 1972. 612 p. (In Russ.).

18. Neshataeva T. N., Starzhenetskiy V. V. *Soblyudeniye balansa publichnogo i chastnogo interesa* [Maintaining the Balance of Public and Private Interest]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii* – Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation. 2000. Issue 4. Pp. 110–113. (In Russ.).

19. Podmarev A. A. *Sorazmernost' kak konstitutsionnyy printsip ogranicheniya prav i svobod cheloveka i grazhdanina v Rossiyskoy Federatsii* [Proportionality as a Constitutional Principle of Limiting the Human and Civil Rights and Freedoms in the Russian Federation]. *Izvestiya Saratovskogo universiteta. Novaya seriya. Seriya Ekonomika. Upravlenie. Pravo* – Izvestiya of Saratov University. Economics. Management. Law. 2021. Vol. 21. Issue 1. Pp. 83–91. (In Russ.).

20. Pchelintsev S. V. *Rol' ogranicheniya prav i svobod grazhdan v obespechenii balansa interesov lichnosti, obshchestva i gosudarstva* [The Role of Limitation of Rights and Freedoms of Citizens in Ensuring the Balance of Interests of Personality, Society and State]. *Pravo i politika* – Law and Politics. 2006. Issue 5. Pp. 32–39. (In Russ.).

21. Rumyantsev A. G. *Verhältnismäßigkeit – proportionality – sorazmernost'* [Verhältnismäßigkeit – proportionality – commensurability]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozreniye* – Comparative Constitutional Review. 2014. Issue 5. Pp. 156–158. (In Russ.).

22. Sokovnin V. A. *Printsip proporsional'nosti v resheniyakh Evropeyskogo suda po pravam cheloveka i rossiyskoy sudebnoy praktike* [The Principle of Proportionality in the Judgments of the European Court of Human Rights and Russian Case-Law]. *Aktual'nye problemy mezhdunarodno-*

go publicznego i chastnogo prava [Current Problems of International Public and Private Law]. Ed. by E. V. Mokhova. Perm, 2007. Issue 1. Pp. 89–103. (In Russ.).

23. Sokolov A. N. *Izvrashhenie prava v fa-shistskoy Germanii i opyt Rossii v stanovlenii pravovogo gosudarstva (sravnitel'no-pravovoy analiz): monografiya* [Distortion of Law in Fascist Germany and Russia's Experience in the Formation of the State of Law (Comparative Legal Analysis): Monograph]. A. N. Sokolov, L. E. Kotkovskiy. Kaliningrad, 2012. 70 p. (In Russ.).

24. Sokolov A. N. *Instituty pravovogo gosudarstva – v zakonotvorchestvo i pravoprimerenie Rossii* [Institutions of the State of Law: the Prospects of Their Being Introduced into Lawmaking and Law Enforcement in Russia]. *Pravovoe gosudarstvo: teoriya i praktika* – The Rule-of-Law State: Theory and Practice. 2012. Issue 1 (27). Pp. 7–15. (In Russ.).

25. Timoshina E. V., Kraevskiy A. A., Salmin D. N. *Metodologiya sudebnogo tolkovaniya: instrumenty vzveshivaniya v situatsii konkurentsii prav cheloveka* [Axiology of Judicial Interpretation: Means of Weighing in the Situation of Human Rights Competition]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Seriya 14. Pravo* – Vestnik of Saint Petersburg University. Law. 2015. Issue 3. Pp. 4–34. (In Russ.).

26. Trubetskoy N. S. *Osnovy fonologii* [Fundamentals of Phonology]. Moscow, 2000. 352 p. (In Russ.).

27. Tumanov V. A. *Dogma prava* [Dogma of Law]. *Bol'shaya sovetskaya entsiklopediya* [The Great Soviet Encyclopedia]. Ed. by A. M. Prokhorov. In 30 vols. Moscow, 1972. Vol. 8: Debitor-Evkalipt [Debtor-Eucalyptus]. P. 382. (In Russ.).

28. Chervonyuk V. I., Goyman-Kalinskiy I. V. *Soglasovanie interesov kak vid sovremennykh zakonodatel'nykh tekhnologiy* [Coordination of Interests as a Type of Modern Legislative Technologies]. *Gosudarstvo i pravo* – State and Law. 2004. Issue 8. Pp. 30–38. (In Russ.).

29. Chudinov A. N. *Slovar' inostrannykh slov, voshedshikh v sostav russkogo yazyka* [Dictionary of Foreign Words Included in the Russian Language]. St. Petersburg, 1894. 994 p. (In Russ.).

30. Aleinikoff T. A. Constitutional Law in the Age of Balancing. *The Yale Law Journal*. 1986. Vol. 96. Issue 5. Pp. 943–1005. (In Eng.).

31. Alexy R. Grundrechte und Verhältnismäßigkeit. *Die Freiheit des Menschen in Kommune,*

Staat und Europa: Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig. Ed. by U. Schliesky, R. Alexy. Heidelberg, 2011. Pp. 3–15. (In Germ.).

32. Beatty D. M. The Ultimate Rule of Law. Oxford, 2004. 193 p. (In Eng.).

33. Bermann G. A. The Principle of Proportionality. *American Journal of Comparative Law Supplement*. 1977. Vol. 26. Pp. 415–432. (In Eng.).

34. Bettermann A. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Besteuerung von Altkontrakten durch das Absicherungsgesetz. A. Bettermann, E. Loh. *Betriebs-Berater*. 1969. Vol. 24. Issue 2. Pp. 70–72. (In Germ.).

35. Bydlinskif F. Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR. *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Ed. by A. Fenyves, E. Karner. Berlin, 2011. Pp. 29–128. (In Eng.).

36. Calliess Ch. Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab Grundrechtlicher Schutzpflichten. *Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum Siebzigsten Geburtstag*. Ed. by R. Grote. Tübingen, 2007. Pp. 201–218. (In Germ.).

37. Christoffersen J. Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. Leiden, 2009. 668 p. (In Eng.).

38. Clérico L. Proportionality in Social Rights Adjudication: Making it Workable. *Proportionality in Law: an Analytical Perspective*. Ed. by D. Duarte. New York, 2018. Pp. 25–48. (In Eng.).

39. Denninger E. Vom Elend des Gesetzgebers Zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot. *Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit; Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*. Ed. by H. Däubler-Gmelin. Baden-Baden, 1994. Pp. 561–572. (In Germ.).

40. Dietlein J. Das Untermaßverbot: Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen Einer Neuen Rechtsfigur. *Zeitschrift für Gesetzgebung [ZG]*. 1995. Vol. 10. Issue 1. Pp. 131–141. (In Germ.).

41. Engle E. A. The General Principle of Proportionality and Aristotle. *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*. Ed. by L. Hupperts-Cluysenaer, C. A. Bates. Dordrecht, 2013. Pp. 265–276. (In Eng.).

42. Eskridge W. N. Interpreting Legislative Inaction. *Michigan Law Review*. 1988. Vol. 87. Issue 1. Pp. 67–137. (In Eng.).

43. Fordham M. Identifying the Principles of Proportionality; M. Fordham, T. de la Mare. *Understanding Human Rights Principles*. Ed. by J. Jowell, J. Cooper. Oxford, 2001. Pp. 27–89. (In Eng.).
44. Grechenig K., Gelter M. Divergente Evolution des Rechtsdenkens–von Amerikanischer Rechtsökonomie und Deutscher Dogmatik. *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*. 2008. Vol. 72. Issue 3. Pp. 513–561. (In Germ.).
45. Hilf M. Margin of Appreciation Revisited: The Balancing the Pole in Multilevel Governance; M. Hilf, T. R. Salomon. *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law: Liber Amicorum for E.-U. Petersmann*. Ed. by M. Cremona. Leiden, 2014. Pp. 37–49. (In Eng.).
46. Huster S. Allgemeine Grundrechtsdogmatik. Baden-Baden, 2021. 200 p. (In Germ.).
47. Jackson V. C. Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on ‘Proportionality’, Rights and Federalism. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. 1999. Vol. 1. Issue 3. Pp. 583–639. (In Eng.).
48. Jakobs M. Ch. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit Einer Exemplarischen Darstellung Seiner Geltung im Atomrecht. Cologne, 1985. 243 p. (In Germ.).
49. Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. *Harvard Law Review*. 1941. Issue 55. Pp. 50–66. (In Eng.).
50. Kelso R. R. United States Standards of Review versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry. *Ohio Northern University Law Review*. 2013. Vol. 39. Pp. 455–504. (In Eng.).
51. Kirchhof P. Der Antwortcharakter der Verfassung. *Verfassungsvoraussetzungen: Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*. Ed. by M. Anderheiden, R. Keil, S. Kirste, J. P. Schaefer. Tübingen, 2013. Pp. 447–461. (In Germ.).
52. Klatt M. Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. *Heidelberg Journal of International Law*. 2011. Vol. 71. Pp. 691–718. (In Eng.).
53. 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. Issue 3. Pp. 531–567. (In Eng.).
54. Lavrysen L. Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights. Cambridge, 2016. 428 p. (In Eng.).
55. Lerche P. Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Goldbach: Keip Verlag, 1999 [1961]. 361 p. (In Germ.).
56. Möllers T. M. J. Juristische Methodenlehre. Munich, 2021. 600 p. (In Germ.).
57. Möstl M. Probleme der Verfassungsprozessualen Geltendmachung Gesetzgeberischer Schutzpflichten: die Verfassungsbeschwerde Gegen Legislatives Unterlassen. Die öffentliche Verwaltung [DÖV]. 1998. Vol. 51. Issue 24. Pp. 1029–1039. (In Germ.).
58. Mowbray A. A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*. 2010. Vol. 10. Issue 2. Pp. 289–317. DOI: 10.1093/hrlr/ngq006. (In Eng.).
59. Mowbray A. R. Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights. Oxford, 2004. 239 p. (In Eng.).
60. Nußberger A. Verhältnismäßigkeit als Richterliches Strukturprinzip. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2013. Vol. 32. Issue 14. Appendix 1. Pp. 36–43. (In Germ.).
61. O’Cinneide C. The Social Dimension of ECHR Rights: Escaping the Dead Hand of Orthodoxy. *Melanges en l’honneur de. Essays in Honour of Dean Spielmann*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2015. Pp. 445–455. (In Eng.).
62. Otte G. Ist die Begriffsjurisprudenz Wirklich tot? *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935*. Ed. by W. Hadding. Berlin, 1999. Pp. 433–446. (In Germ.).
63. Posner R. A. The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987. *Harvard Law Review*. 1986. Vol. 100. Issue 4. Pp. 761–780. (In Eng.).
64. *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*.d. by V. C. Jackson, M. Tushnet. New York, 2017. 343 p. DOI: 10.1017/9781316691724. (In Eng.).
65. Ress G. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Deutschen Recht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäischen Rechtsordnungen; H. Kutscher, G. Ress et al. (co-authors). Heidelberg, 1985. Pp. 5–51. (In Germ.).

66. *Smits J. M.* What Is Legal Doctrine? On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. *Rethinking Legal Scholarship: a Transatlantic Dialogue*. Ed. by R.van Gestel, H.-W. Micklitz, E. L. Rubin. Cambridge, 2017. Pp. 207–228. DOI: 10.1017/9781316442906.006. (In Eng.).

Информация об авторе:

А. В. Должиков, кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры конституционного права
Санкт-Петербургский государственный университет
199034, Россия, г. Санкт-Петербург,
Университетская набережная, 7/9
ORCID: 0000-0001-8866-8993
ResearcherID: J-4829-2014
Статьи в БД «Scopus» / «Web of Science»
DOI: 10.17072/1995-4190-2020-47-6-27.

67. *Urbina F. J.* Is It Really That Easy? A Critique of Proportionality and ‘Balancing as Reasoning’. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 2014. Vol. 27. Pp. 167–192. (In Eng.).

68. *Voßkuhle A.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Juristische Schulung [JuS]*. 2007. Vol. 47. Issue 5. Pp. 429–431. (In Germ.).

About the author:

A. V. Dolzhikov
Saint Petersburg State University
7/9, Universitetskaya naberezhnaya, St. Petersburg,
199034, Russia
ORCID: 0000-0001-8866-8993
ResearcherID: J-4829-2014
Articles in Scopus / Web of Science
DOI: 10.17072/1995-4190-2020-47-6-27