

Прагматизм методики пропорциональности в юридической аргументации при противостоянии интересов

Аннотация. В юриспруденции (национальной и международной) разработаны различные соответствующие механизмы и методики, в частности, в вопросах прав человека используют пропорциональность (соразмерность) для определения допустимости ограничения прав человека. На сегодня принцип пропорциональности отвечает на значительное количество правоприменительных вопросов, касающихся этих ограничений, однако единая методика механизма его реализации отсутствует по различным причинам, а наличие разных методик применения пропорциональности оставляет место для критики. В статье рассматривается ряд подходов к пропорциональности, среди которых институциональный и материальный подход, ценностный подход, признающий взвешивание интересов, фактический подход, позволяющий наглядно оценить оправданность, в частности, ограничений прав с позиции выгод и издержек, метод определения пропорциональности интересов через категоризацию, основывающийся на том, что согласование происходит путем определения границ прав, через которые они реализуются. Разнообразие подходов и методов говорит о том, что необходимо исследование указанных подходов к пропорциональности с позиции методики прагматизма при юридической аргументации в противостоянии интересов. В исследовании делается вывод, что тест на пропорциональность является оптимальным инструментом прагматизации, перевода ценностей как достаточно абстрактных явлений в факты.

Ключевые слова: пропорциональность, соразмерность, тест на пропорциональность, методика пропорциональности, ценности, согласование, балансировка, категоризация, прагматизм, аргументация.



**Анастасия
Александровна
ЗАВГОРОДНЯЯ,**
доцент кафедры
гражданско-правовых
дисциплин
Донбасской юридической
академии,
кандидат юридических наук
nastacija@mail.ru
283049, Россия, Донецкая
Народная Республика,
г. Донецк, ул. Лебединского,
д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2022.97.9.179-187

ANASTASIIA A. ZAVGORODNIAIA,

Associate Professor
of the Department of Civil Law Disciplines
of the Donbass Law Academy,
Cand. Sci. (Law) Donetsk,
nastacija@mail.rutel.

9, ul. Lebedinskogo, Donetsk, Donetsk People's Republic, Russia, 283049

Pragmatism of the Proportionality Method in Legal Argumentation in the Contact of Interests

Abstract. *In jurisprudence (national and international), various relevant mechanisms and methods have been developed, in particular in matters of human rights, proportionality (proportionality) is used to determine the admissibility of restricting human rights. Today, the principle of proportionality answers a significant number of law enforcement questions about these restrictions, however, there is no single methodology for the mechanism for its implementation for various reasons, and the presence of different methods for applying proportionality leaves room for criticism. The article discusses a number of approaches to proportionality, including: an institutional and material approach, a value approach that recognizes the weighting of interests, an actual approach that allows you to visually assess the justification, in particular, of restrictions on rights from the standpoint of benefits and costs, a method for determining the proportionality of interests through categorization, based on that harmonization occurs by defining the boundaries of the rights through which they are implemented. A variety of approaches and methods suggests that today it is necessary to study these approaches to proportionality from the standpoint of the methodology of pragmatism in legal argumentation in the confrontation of interests. The study concludes that the proportionality test is the best tool for pragmatization, translating values as rather abstract phenomena into facts.*

Keywords: *proportionality, proportionality, proportionality test, proportionality method, values, agreement, balancing, categorization, pragmatism, argumentation.*

С целью создания реальных условий для утверждения справедливого соотношения интересов в обществе (именуемого в доктрине права и международной практике балансом или разумным (оптимальным, справедливым) балансом частных и публичных интересов) как проявления верховенства права в правоведении и правоприменительной практике были разработаны различные соответствующие механизмы¹, которые зависят от сферы применения

¹ Вайпан Г. В. Принцип пропорциональности в современном международном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 54 ; Бажанов А. А. Соразмерность как принцип права : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019. С. 23.

(правоотношений), национального правопорядка, правопонимания правоприменителя.

Мировое юридическое сообщество в течение длительного времени апробировало различные механизмы, одним из них, ставшим популярным в последние десятилетия, является *пропорциональность*, единая методика применения которой по различным причинам отсутствует.

Правовое государство обуславливает наличие в нем механизма, благодаря которому возможно установить политически *справедливое и юридически контролируемое равновесие интересов* в законотворчестве и в конкретном юридическом деле. Реализация пропорциональности, имеющей соответствующее предназначение, может быть обобщена в рамках изложенных ниже подходов, анализ и сравнение которых в целом дают возможность выявить суть пропорциональности и определить наиболее прагматичный подход, оптимально обеспечивающий соблюдение при ее применении основных ценностей права: сущностную и инструментальную (*справедливость* как предмет общих интересов и правовая определенность). Однако любая методика применения пропорциональности оставляет место для критики по формальным либо так называемым ценностным критериям.

Перманентная апробация методики пропорциональности обусловила ее трансформацию на всех уровнях в поисках оптимальной концепции. В зависимости от *области применения пропорциональности*, выделяются *горизонтальная* (соотношение между мерой и контрмерой), *вертикальная* (соотношение между глобальным публичным интересом и национальным интересом) и *диагональная* (соотношение между национальным интересом в целях общего блага и индивидуальным интересом) *версии*².

Определение сбалансированности интересов в странах континентальной системы права происходит через *последовательное выполнение требований* (пригодность, необходимость для достижения цели и балансировка) и *горизонтально*, когда традиционные требования (пригодность и необходимость) учитываются для балансировки. Но на всех уровнях и во всех сферах применения пропорциональности главным вопросом остается предмет *оценки и установление соотношения*.

В *процессуальном подходе* делается акцент на процедуру применения пропорциональности, но исследователи отмечают, что фрагментация юридической ситуации через последовательное проведение теста не решает проблему фактов, и она воспроизводится на каждом этапе. Процессуальная рациональность в итоге вынуждает обратиться к материальной³. Очевидно, что чем больше факторов учтено, тем более справедливым (разумным) является соотношение интересов, реализуемых в контексте определенных отношений. Но процессуальный подход наиболее ярко отражает сущность определенности, которая имманентна праву, а также высокую культуру правового дискурса (аргументации) и определенную

² Петерс А. Принцип пропорциональности как глобальный конституционный принцип // Дайджест публичного права. 2018. Вып. 7. (2). С. 117.

³ Max Weber on Law in Economy and Society / ed. by M. Rheinstein. Cambridge : Harvard University Press, 1954. P. 63—64 ; Вайпан Г. В. Указ. соч. С. 57.

предсказуемость процедуры оценки, что сложно сказать о результатах его применения.

Институциональный подход опирается на легитимность, качество, авторитетность решений правоприменителей по аналогичным делам⁴. Следование методике возлагается на государство в правоприменительной практике, что не исключает дальнейшее законодательное и судебное усмотрение по соответствующему вопросу.

Материальный либо *фактический* подход к пропорциональности основан на исследовании фактов, что способно повлиять на разрешение дел, устраняя неопределенность. *Ценностный* подход признает за фактами при взвешивании интересов второстепенное значение в том смысле, что факта нарушения норм права либо правоограничения недостаточно, чтобы утверждать, что он является недопустимым для «высокой» цели. Тут важно установить конкретный предмет, обстоятельства и критерии оценки, без чего тест будет бесконечно воспроизводиться.

Подход к пропорциональности в *фактической версии* имеет значение при не сформированном, неразвитом аппарате разрешения споров⁵. Тогда анализ правоограничения осуществляется с учетом наглядных обстоятельств, что сложно достичь в ценностной версии.

Ценностный подход, сосредоточенный, по сути, на целях, характеризуется неопределенностью, основываясь на критериях высокой степени обобщения (обеспечении конвенционально или конституционно защищаемых ценностей, которые в определенных обстоятельствах противопоставляются), абстрактности (свобода, справедливость, безопасность, национальные интересы), которые всегда могут оправдать применение мер, существенным образом нарушающих чьи-либо охраняемые правом интересы. И если фактическая, процессуальная версии пропорциональности характерны в большей степени для международного гуманитарного права и права международной ответственности, то в области защиты прав человека, в частности в российском правовом пространстве, при оценке правоограничений чаще говорят о балансировке (как ценностном акценте теста).

Принцип пропорциональности в методе балансировки обуславливает сравнение противостоящих интересов путем сравнения их социальной значимости в каждом случае установления соотношении между интересом, направленным на обеспечение общего блага, и индивидуальным интересом. Один из сторонников балансировки, Р. Алекси, видит *сущность применения пропорциональности* в подробном обосновании и аргументации понимания *баланса между средствами и целями*⁶ (ценностный подход).

Практически отсутствуют четкие ориентиры для «измерения» интересов, чем обуславливается широкое усмотрение, с целью определения критериев которого Р. Алекси предложил дополнение «закона балансировки» условным «весом»

⁴ Вайпан Г. В. Указ. соч. С. 59.

⁵ Nolte G. Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law // Law & Ethics of Human Rights. 4 (2). October 2010. P. 251. DOI:10.2202/1938-2545.1050 P. 251.

⁶ Алекси Р. Формула веса // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 205.

конкурирующих принципов⁷. Здесь признается важность дифференциации интересов, среди которых некоторые имеют статус прав для особого юридического веса, и их приоритета над теми, которые статуса прав не имеют.

Подобные идеи отстаивались и другими исследователями через выделение норм-принципов и норм-правил. Первым придают большее значение, что обязывает применять пропорциональность⁸, поскольку отношения не регулируются конкретным правилом, а отсылают к ценностно-оценочным категориям. «Степень реализации принципа зависит, главным образом, от его конкуренции с другими принципами в каждом конкретном деле, и результат спора представляет собой “условное отношение приоритета” между принципами»⁹.

Определения баланса интересов через категоризацию основывается на определении границ прав, в которых они реализуются. По мнению Р. Дворкина, категоризация может обеспечить недопустимость посягательств способами, нарушающими сущность права, определяя пригодность и необходимость способов правоограничения. Признание публичного интереса приоритетным по отношению к индивидуальному, по мнению Р. Дворкина, приводит к нивелированию прав индивида¹⁰. Категоризация, применяемая при определении допустимости и необходимости, является также проявлением фактической версии пропорциональности.

Тест на пропорциональность, применяемый ЕСПЧ, является попыткой взаимодополнения балансировки и категоризации, но есть сторонники и противники и обоих методов, и их конвергенции¹¹, ведь речь идет об обоснованности «общественной необходимости» как высшей цели, оправдание которой может перевести конфликтность интересов в ее большую степень.

Независимо от сферы применения пропорциональности, субъектов-участников спора, судебная практика чаще свидетельствует о решении следующих вопросов¹²: наличие легитимной цели; установление пригодности меры; установление необходимости сравнения эффективности принятой меры и ее менее обременительных альтернатив; пропорциональность в узком смысле («сопоставление ущерба, вытекающего из ограничения прав, с пользой, которую она приносит защищаемым конституционным ценностям»¹³).

⁷ Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford, 2002. С. 87 ; *Idem*. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison // Ratio Juris. 2003. Vol. 16 (4). P. 438.

⁸ Dworkin R. Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1978. P. 26.

⁹ Вайпан Г. В. Указ. соч. С. 22.

¹⁰ Dworkin R. Op. cit. С. 272.

¹¹ Луковская Д. И. Понятие прав человека: многообразие подходов. Проблема универсальности прав человека // История государства и права. 2007. № 12. С. 33 ; Козн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3. С. 73.

¹² Шлинк Б. Пропорциональность. К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 58—59.

¹³ Белов С. А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. 2016. № 1. С. 67.

В первых трех элементах отражена идея особого статуса прав, что «должно быть защищено от посягательства максимально возможным образом»¹⁴. За «пропорциональным результатом» признают роль установления соотношения между результатом, достигаемым при удовлетворении легитимной цели, и вредом, наносимым правам через использование юридических средств¹⁵. Он воплощает требование балансировки, поскольку сводится к оценке сравнения значения права и последствий применения ограничительных мер. Балансировке же одни исследователи, являющиеся сторонниками концепта «категоризации», не придают должного значения¹⁶, другие, наоборот, придают ему наибольшее значение¹⁷.

В целом в этой версии пропорциональности для судей обеспечивается механизм оценки обстоятельств дела с целью установления необходимости совершения определенного процессуального действия или принятия определенного решения по существу дела¹⁸, в чем проявляется *фактический подход к пропорциональности*. Воедино с четкой, последовательной процедурой фактический подход способен продемонстрировать меры достижения материальной и процессуальной справедливости при принятии решений.

Установление содержания и объема права, факта его ограничения и наличие ограничения права в законе относят к факультативным, спорным элементам теста, они зависят чаще от правовой системы, в которой применяется тест. Допустимость ограничения права в законе иногда относят к первому этапу теста¹⁹ или к проверке правоограничения на соответствие правовой определенности, предшествующей тесту²⁰. Для внутренних правопорядков важным условием применения пропорциональности является удостоверение правоприменителя в том, что правоограничительное средство предусмотрено законом, и субъект правоприменения обязан проанализировать эти положения.

Предусмотренная в законе ограничивающая мера не должна допускать необоснованное правоприменительное усмотрение, в чем проявляется правовая определенность. Если говорить о «необходимости» правоограничения, то для вмешательства она должна быть социально неотложной мерой, по отношению к

¹⁴ Вайпан Г. В. Указ. соч. С. 175.

¹⁵ Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ.; науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун; вступ. ст. М. В. Баглая. М.: Норма, 1999. С. 72.

¹⁶ Косла М. Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставросу Цакиракису / пер. с англ. Е. Бурмицкой // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 59—60.

¹⁷ Циракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2 (81). С. 68.

¹⁸ Klatt M., Meister M. Proportionality — A Benefit to Human Rights? Remarks on the I. CON Controversy // International Journal of Constitutional Law. 2012. P. 687; Луковская Д. И. Указ. соч. С. 34.

¹⁹ Шустров Д. Г. Принцип пропорциональности в конституционном праве Израиля. М.: Ленанд, 2015. С. 101; Тоцький Б. А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові // Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 71.

²⁰ Цувіна Т. А. Принцип пропорційності у цивільному судочинстві // Право України. 2018. № 10. С. 52.

которой государства имеют ограниченную, но свободу усмотрения²¹. Толкование «необходимости» и повлекло за собой различные версии теста²².

Исследователи указывают на взаимное сближение и заимствование отдельных элементов в интерпретации принципов в различных системах права²³, что является определяющим для усовершенствования применения пропорциональности. Основной идеей в вопросах справедливости является представление о целях, которые должно достигать правовое государство. Помимо справедливости, безопасности, часто такими целями являются ценностные ориентиры с высокой степенью абстрактности (благополучие, доверие, солидарность, нравственное здоровье (ст. 55, 75.1 Конституции РФ)), которые являются объектом базовых публичных интересов.

Следовательно, целью такого общества является утверждение верховенства права, а одним из методов, при котором ради указанных целей не будут попираются права и свободы индивидов, является пропорциональность, определяющая приемы и способы сбалансированности прав и ограничений (ст. 75.1 Конституции РФ), уравнивания интересов, которые должны быть обеспечены государством с учетом их содержания и характера. Пропорциональность признается «международным стандартом», конституционным принципом, но ее основное предназначение состоит в обеспечении права инструментом (средством), благодаря которому с присущей праву определенностью возможно приблизиться к одной из основных целей современного общества: выработке и принятию оптимальных решений в рамках столкновения интересов различной значимости и различного характера.

В большинстве доктринальных источников, посвященных исследованию пропорциональности, используется для ее обозначения термин «принцип». Однако пропорциональность не является принципом в классическом понимании, поскольку традиционного собственного содержания не имеет, а предлагает порядок сравнения ценностей, интересов, принципов, прав, которые отражены в целях и средствах, и последствий их реализации в определенном соотношении. Это позволяет относить пропорциональность к принципам интерпретации.

В заключение отметим, что обоснование легитимной цели, которой часто признают ценность (по сути, получение определенного блага), а также определение пропорциональности в узком смысле нуждается в контекстуальном толковании и анализе. Тест на пропорциональность является оптимальным инструментом прагматизации, перевода ценностей как достаточно абстрактных явлений в определенные, благодаря которым можно нравственные (общие) максимы (безопасность, гуманизм, справедливость, национальный интерес, благополучие, нравственное здоровье) представить в процедуре в виде системного эмпирического материала через описание юридических ситуаций, в которых реализуются и могли

²¹ Case of Frumkin v. Russia, № 74568/12, 05.01.2016. HUDOC // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159762>.

²² The margin of appreciation (proportionality principle). Council of Europe // URL: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp.

²³ Козн-Элия М., Порат И. Указ. соч. С. 62 ; Engle E. A. The History of the General Principle of Proportionality: An Overview (July 7, 2009) // Dartmouth Law Journal. 2012. P. 1—11.



бы в качестве альтернативы (поиск «необходимости») реализоваться интересы, подлежащие взвешиванию.

Кроме того, что прагматичность категоризации или фактическая версия методики пропорциональности позволяет сделать понятными абстрактные блага как объект соотносимых интересов, согласимся, что «прагматизм является способом урегулирования межкультурных разногласий, поскольку ссылка на авторитет метода приведет к большей упорядоченности и согласованности ценностных суждений»²⁴.

Последовательное и системное проведение оценки соразмерности (установление определенного оптимального соотношения) интересов позволяет достичь сформулированного Д. Дьюи положения, когда между «фактом и ценностью, дескриптивными и прескриптивными утверждениями нет никакой разницы»²⁵. Подобная прагматичная методологическая основа является определяющей для надлежащей аргументации в реализации государством правотворческой политики при выработке и принятии решений в правоприменительной деятельности.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алекси Р.* Формула веса // Российский ежегодник теории права. — 2010. — № 3. — С. 208—228.
2. *Бажанов А. А.* Соразмерность как принцип права : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2019. — 193 с.
3. *Барак А.* Судейское усмотрение / пер. с англ. ; науч. ред.: В. А. Кикоть, Б. А. Страшун ; вступ. ст. М. В. Баглая. — М. : Норма, 1999. — 364 с.
4. *Белов С. А.* Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. — 2016. — № 1. — С. 63—75.
5. *Вайпан Г. В.* Принцип пропорциональности в современном международном праве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2017. — 238 с.
6. *Косла М.* Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставрису Цакиракису / пер. с англ. Е. Бурмицкой // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 5. — С. 58—66.
7. *Козн-Элия М., Порат И.* Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 3. — С. 59—81.
8. *Луковская Д. И.* Понятие прав человека: многообразие подходов. Проблема универсальности прав человека // История государства и права. — 2007. — № 12. — С. 32—36.
9. *Михайлов А. А.* Принцип пропорциональности: сущность, практика применения Европейским судом по правам человека, Конституционным Судом РФ и значение для совершенствования системы доказывания в современном

²⁴ *Яркова Е. Н.* История и методология юридической науки : учебное пособие. Тюмень : Изд. Тюменского гос. университета, 2012. С. 176.

²⁵ *Яркова Е. Н.* Указ. соч. С. 176.

- уголовном процессе России // Уголовная юстиция. — 2016. — № 1 (7). — С. 56—69.
10. *Петерс А.* Принцип пропорциональности как глобальный конституционный принцип // Дайджест публичного права. — 2018. — Вып. 7. — (2). — С. 102—126.
 11. *Циракис С.* Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 2 (81). — С. 67—72.
 12. *Шлинк Б.* Пропорциональность. К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. — 2012. — № 2. — С. 56—76.
 13. *Шустров Д. Г.* Принцип пропорциональности в конституционном праве Израиля. — М. : Ленанд, 2015. — 152 с.
 14. *Яркова Е. Н.* История и методология юридической науки : учебное пособие. — Тюмень : Изд. Тюменского гос. университета, 2012. — 463 с.
 15. *Alexy R.* On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison // Ratio Juris. — 2003. — Vol. 16 (4). — P. 433—449.
 16. *Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights. — Oxford, 2002. — 506 p.
 17. *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. — Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1978. — 371 p.
 18. *Engle E. A.* The History of the General Principle of Proportionality: An Overview (July 7, 2009) // Dartmouth Law Journal. — 2012. — P. 1—11. — URL: <https://ssrn.com/abstract=1431179> (дата обращения: 20.09.2022).
 19. *Klatt M., Meister M.* Proportionality — A Benefit to Human Rights? Remarks on the I.CON Controversy // International Journal of Constitutional Law. — 2012. — P. 687—708.
 20. Max Weber on Law in Economy and Society / ed. by M. Rheinstein. — Cambridge : Harvard University Press, 1954. — 363 p.
 21. The Margin of appreciation (proportionality principle). Council of Europe // URL: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp (дата обращения: 25.09.2022).
 22. Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law // Law & Ethics of Human Rights. — October 2010. — 4 (2). — P. 244—255 DOI:10.2202/1938-2545.1050.
 23. *Тоцький Б. А.* Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові // Часопис Київського університету права. — 2013. — № 3. — С. 70—74.
 24. *Цувіна Т. А.* Принцип пропорційності у цивільному судочинстві // Право України. — 2018. — № 10. — С. 50—63.