

ОТЗЫВ

председателя диссертационного совета

на диссертацию

Должикова Алексея Вячеславовича

на тему

*«Соразмерность как общеправовой принцип в конституционном правосудии России
(на примере основных социальных прав)»,*

представленную на соискание ученой степени доктора юридических наук
по научной специальности 5.1.2. Публично-правовые (государственно-правовые) науки

Диссертационное исследование посвящено обоснованию и анализу российской модели соразмерности в конституционном правосудии, в том числе применительно к защите основных социальных прав. *Актуальность* темы исследования едва ли способна вызвать сомнения. Это объясняется, во-первых, тем, что общеправовой принцип соразмерности, как справедливо отмечает автор исследования, «имеет системообразующий характер и применяется конституционной юстицией в большинстве отраслей права», что позволяет судам обеспечивать конституционализацию национального правопорядка (с. 3). Кроме того, данный принцип «связан с ключевыми проблемами конституционализма, включая легитимность конституционного правосудия, судебское усмотрение, негативное и позитивное судебское нормотворчество, интенсивность судебного контроля» и др. (с. 3). Во-вторых, сама проблематика социальных прав принадлежит чувствительной сфере социальной справедливости, и это, согласно гипотезе автора, нашедшей подтверждение в диссертации, оказывает влияние на интенсивность контроля соразмерности при защите социальных прав в конституционном правосудии: «Конституционный Суд РФ, – отмечается в диссертации, – ориентирован на вопросы защиты социальных прав в институциональном плане и чаще своих западных коллег обращается к вопросам социальной поддержки граждан» (с. 511). В-третьих, широко используемый в диссертации сравнительно-правовой ракурс исследования позволяет выявить специфические черты российской модели соразмерности при осуществлении конституционного контроля законодательства, что представляется своевременным «на фоне популярности идеи конституционной идентичности с учетом наследия социалистической правовой традиции» (с. 3). Наконец, и это необходимо подчеркнуть, в фокусе внимания автора диссертации находится «вечная» проблема, имеющая не только конституционное, но и философско-правовое измерение – проблема поиска баланса между индивидуальной свободой и общим благом.

Можно сказать, что именно эту цель и ставит перед собой автор диссертационного исследования – ответить на вопрос о том, каким образом с помощью общеправового принципа соразмерности искомый баланс может быть найден в конституционном правосудии в рамках российской модели соразмерности? Ответ на этот фундаментальный вопрос имеет важное теоретико-методологическое значение и для конституционно-правовой доктрины, и для практики конституционного правосудия.

Для достижения цели исследования Алексей Вячеславович предпринимает анализ принципа соразмерности, сначала обосновывая его общеправовой характер, а затем обращаясь к его доктринальному обоснованию и практике применения в российском и зарубежных правовых порядках, а также органами международного и наднационального правосудия. Таким образом обеспечивается широкий сравнительно-правовой ракурс исследования, который, в соединении с обращением к истории российской правовой культуры, необходим для теоретической реконструкции российской модели соразмерности в ее основополагающих особенностях и в ее применении для защиты конституционных социальных прав. Сама постановка проблемы соразмерности применительно к социальным правам, а также предложенное автором ее комплексное решение, опирающееся на зарубежный опыт и учитывающее российскую правовую традицию, обладают новизной и обеспечивают теоретическую и практическую значимость предпринятого исследования.

Реализации авторского замысла подчинена структура диссертации, которая отличается логичностью и сюжетной последовательностью, служит достижению цели и решению задач исследования. Анализ соразмерности в практике конституционного правосудия предваряет методологическая глава. В первом параграфе идея соразмерности рассматривается в контексте правовой культуры России и ее правовых традиций, которые, по мнению автора, обусловили приоритет общего блага в конституционном правосудии (с. 30). Главная тема второго параграфа – междисциплинарный анализ соразмерности, для чего автор обращается к нескольким областям знания – философии, логике, языкознанию, экономике, социологии, психологии, политологии и др. Третий параграф посвящен значению юридической догматики в анализе соразмерности, – автор приходит, в частности, к выводу о том, что «в конституционализме догматический метод выступает необходимым средством системного представления о соразмерности при условии его взаимного дополнения с междисциплинарным подходом и ориентацией на судебную практику» (с. 107). Таким образом, в рамках первой главы предлагается методология, основанная на соединении юридической догматики, классических методов толкования права с междисциплинарными исследованиями соразмерности, что, по мнению автора, позволяет избегать рисков как непредсказуемости балансирования, так и чрезмерного формализма в применении принципа соразмерности.

Во второй главе «Юридическая и сфера действия принципа соразмерности в конституционном праве» соразмерность рассматривается как общеправовой принцип (§ 2.1), а также исследуются предметные (§ 2.2) и персональные (§ 2.3) пределы действия принципа соразмерности в конституционном правосудии. В третьей главе предлагается авторское видение структуры принципа соразмерности и применения его элементов в конституционном правосудии. В данной главе последовательно анализируются требования правомерности цели (§ 3.1), пригодности (разумности) (§ 3.2), необходимости (§ 3.3) и баланса интересов (соразмерности в узком смысле) (§ 3.4). В этих двух главах автор использует в адаптированном к задачам исследования виде понятия зарубежной правовой доктрины – персональная и предметная (материальная) сферы защиты конституционного права, интенсивность конституционного контроля и др. Наконец, завершает исследование четвертая глава, в которой принцип соразмерности рассматривается применительно к конституционно-судебной защите социальных прав. В § 4.1 определяется юридическая природа социальных прав, затем применение принципа соразмерности в конституционном правосудии анализируется на примере защиты основных трудовых (§ 4.2) и экологических (§ 4.3) прав; последние, впрочем, едва ли могут быть отнесены к социальным. Каждый из параграфов диссертации завершается выводами автора.

Научная новизна диссертации выражается как в постановке научной проблемы, так и в предлагаемом автором ее решении, а также в положениях, вынесенных на защиту. Научная проблема, на решение которой направлено диссертационное исследование, – двойственность соразмерности как принципа правового и вместе с тем социального государства, что обуславливает требование согласования индивидуальной свободы и общего блага. Критической оценке подлежала возможность совмещения в концепте соразмерности как запрета чрезмерности государственного вмешательства в так называемые негативные права, так и запрета недостаточности позитивных обязательств публичной власти для защиты социальных прав. Анализ соразмерности осуществлялся в контексте правовой культуры России и ее правовых традиций, а также в сравнительно-правовом ракурсе. Автору удалось предложить теоретическую реконструкцию российской модели соразмерности, применяемой в конституционном правосудии, в том числе для защиты социальных прав. Решение проблемы согласования индивидуальной свободы и общего блага осуществляется с помощью обоснования абстрактно-конкретной модели судебного балансирования и основано на сочетании двух критериев: 1) определение системы факторов, которые обуславливают изменение интенсивности конституционного контроля законодательства, что обеспечивает предсказуемость балансирования в конституционном правосудии; 2) учет веса конкретного фактора в зависимости от обстоятельств конституционного спора (с. 511). Представленное в диссертации решение обозначенной научной проблемы имеет важное значение для практики конституционного правосудия в России. В российской конституционной доктрине исследование применения принципа соразмерности в конституционно-судебной защите социальных прав осуществляется впервые. Этими обстоятельствами определяется *теоретическое значение* диссертационной работы.

Из обладающих научной новизной основных выводов автора следует отметить следующие положения:

1) о субсидиарности междисциплинарной методологии по отношению к юридической догматике в конституционном судопроизводстве;

2) о распространения действия общеправового принципа соразмерности на три элемента конституционной системы – основы конституционного строя, конституционные права, государственно-организационное право;

3) теоретическое обоснование присутствия соразмерности во всех элементах структуры конституционных прав;

4) о содержательных критериях соразмерности, в качестве которых выступают требования правомерности, пригодности, необходимости и соразмерности в узком смысле – применительно к особенностям конституционно-судебной защиты социальных прав;

5) о факторах, влияющих на интенсивность судебного контроля законодательства;

6) о необходимости ограничений применения методологии экономического анализа права преимущественно экономической сферой во избежание наделения конституционных прав свойствами товаров;

7) о необходимости синтезирования моделей абстрактного и конкретного судьейского балансирования;

8) о рисках широкого использования в конституционном правосудии ценностного подхода;

и др.

Практическая значимость диссертационного исследования усматривается в том, что обоснованный автором элементный состав соразмерности может быть внедрен в юридическое образование и подготовку юристов, и в целом материалы исследования

могут быть использованы в учебном процессе при преподавании дисциплин, посвященных конституционному праву, конституционной юстиции и защите конституционных прав. Также полученные результаты, прежде всего обоснованная автором абстрактно-конкретная модель судебного балансирования, могут быть востребованы в практике конституционного правосудия, сторонами и участниками конституционного судопроизводства при разработке процессуальных документов и для аргументирования собственной позиции по делу.

Достоверность полученных в диссертации результатов обеспечивается применением выбранных методов исследования, соответствующих его предмету, цели и задачам, корректной постановкой проблемы, точным определением предмета, цели и задач исследования. Особо следует отметить широкое использование в работе сравнительно-правового метода, применяемого для анализа как зарубежной доктрины соразмерности, так и практики международных, наднациональных и национальных судов. При этом автор не ограничивается исключительно континентальной правовой традицией, но сопоставляет подходы германской догматики публичного права с доктриной пропорциональности в семье общего права. Достоверность научных положений и выводов, сформулированных в диссертации, подтверждается также ее фундаментальной теоретической базой, включающей наиболее значимые и актуальные работы, связанные с предметом исследования, на русском, английском и немецком языках (858 позиций), а также обширной как нормативной, так и эмпирической базой, включающей в себя около 250 актов Конституционного Суда Российской Федерации, более 30 особых мнений судей Конституционного Суда, решения Европейского суда по правам человека, Суда Европейского союза, Федерального конституционного суда ФРГ, Верховного Суда США и др. Используемые в диссертации методы количественного анализа практики Конституционного Суда РФ, результаты опросов общественного мнения и данные социологических исследований также обеспечивают достоверность теоретических положений работы.

Научные результаты, полученные в диссертации, нашли отражение в 25 научных статьях, опубликованных в ведущих рецензируемых научных журналах и изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве науки и высшего образования РФ, включая 3 работы в изданиях, включенных в международную базу данных Web of Science Core Collection. Результаты исследования получили апробацию в докладах и сообщениях автора на международных и всероссийских научных конференциях; применяются автором в преподаваемых им в Санкт-Петербургском государственном университете учебных дисциплинах; прошли экспертизу в рамках научных проектов, поддержанных Российским фондом фундаментальных исследований, а также рядом зарубежных и международных организаций (Баварский центр высшей школы Средней, Восточной и Южной Европы, Программа Организации Объединенных Наций по развитию, Глобальный экологический фонд и др.). Кроме того, результаты исследования были использованы при подготовке экспертных заключений по запросам судей Конституционного Суда РФ, при разработке проектов нормативных документов и др. Отдельные выводы диссертационного исследования разработаны автором в рамках экспертно-аналитических и научных исследований по заказу Аппарата Государственной Думы Федерального Собрания РФ, Законодательного Собрания г. Санкт-Петербург, Федерального агентства по образованию.

Таким образом, корректная и отличающаяся новизной постановка проблемы, продуманная методология исследования, обширные теоретические основания исследования, большой объем проанализированной судебной практики, логичная и последовательная структура диссертационной работы обусловили высокую теоретическую

и практическую значимость достигнутых результатов исследования. Цель исследования – обосновать и критически осмыслить российскую модель соразмерности на примере применения данного принципа в конституционном правосудии для защиты основных социальных прав – следует признать достигнутой, а задачи – выполненными.

Следующие соображения являются не столько критическими, сколько полемическими, и сосредоточены вокруг основных понятий данной работы – понятия соразмерности и взаимосвязанной с ним проблемы соотношения индивидуальной свободы и общего блага, а также междисциплинарного методологического подхода к исследованию соразмерности и понятия социальных прав.

1. Первая группа вопросов связана с предложенным в работе анализом соразмерности.

1.1. Наверное, диссертационное исследование на тему соразмерности не обязательно должно предполагать наличие в работе определения понятия соразмерности. Во всяком случае такие задачи не ставились и в тезисах на защиту такого определения нет. Действительно, гораздо важнее представить работу этого принципа в конституционной юстиции, и в теоретической реконструкции использования соразмерности «высоким правосудием» состоит несомненное теоретическое и прикладное значение исследования. Вместе с тем, в диссертации определение соразмерности предложено. Так, под соразмерностью предлагается понимать *«определенное качественное состояние нормативного содержания конституционных прав в результате их взвешивания (соотнесения) с количественными показателями мер государственной власти по достижению публичных целей исходя из заданного масштаба конституционности»* (с. 70). В отсутствие соответствующих пояснений оно вызывает вопросы: 1) каким образом меры государственной власти можно выразить в строгих *количественных*, а не метафорических («сильные», «умеренные», «слабые» и т.п.) показателях и в результате «взвешивания» получить в итоге *«качественное состояние нормативного содержания конституционных прав»*? 2) что представляет собой понятие *«заданный масштаб конституционности»*, и 3) каким образом и кем (чем) данный масштаб оказывается *«заданным»*? Не вполне ясно также, как это определение соотносится с представлением о соразмерности как о принципе права, т.е. правиле реализации конституционных прав и публично-властных полномочий?

Алексей Вячеславович, ссылаясь, в частности, на мнение Михаеля Якобса, справедливо пишет о том, что для оценки соразмерности необходим критерий – масштаб оценки. То есть, для того чтобы констатировать соразмерность / несоразмерность чего-либо, необходим масштаб, в качестве которого сама соразмерность очевидно выступать не может. В связи с этим не вполне ясно, каким образом соразмерность как *«качественное состояние нормативного содержания конституционных прав в результате их взвешивания (соотнесения) с количественными показателями мер государственной власти»*, одновременно может представлять собой *«масштаб по установлению соответствия между основополагающими правами и избранными законодателем средствами по достижению конституционно признаваемых целей»* (с. 107)? Кажется, здесь имеет место смешение результата измерения с инструментом измерения. Но тогда вопрос о том, что способно выступить в качестве такого инструмента, остается открытым.

1.2. Соразмерность (со ссылкой на мнение Андреаса Фоскуле) также предлагается понимать как *«принцип, который требует согласования конфликтующих между собой конституционных прав частных лиц и противостоящих им публичных ценностей»* (с. 60), с чем, конечно же, невозможно не согласиться. В диссертации многократно подчеркивается этот акцент *«согласования»*, *«балансирования»*, *«гармонизации»*, *«установления соответствия»* между частными и публичными интересами, недопущения *«как*

абсолютизации, так и игнорирования... ценностей личной свободы и социальной справедливости» (с. 156).

Вместе с тем, в работе часто также повторяется мысль о том, что соразмерность имеет «неразрывную связь с либерализмом» (с. 17), представляет собой «инструмент либеральной идеологии» (с. 79), ей присваивается «изначальная либеральная функция» (с. 146), а следовательно, «в соответствии с представлениями либерализма конституционные права должны пользоваться приоритетом по отношению к публичным интересам» (с. 372). Соглашаясь с тем, что генеалогия принципа соразмерности в доктрине конституционного права восходит к либерализму, отмечу ряд вопросов, возникающих в связи с последним утверждением – о безусловном приоритете конституционных прав над публичными интересами.

Первый – означает ли это, что использование в конституционном правосудии принципа соразмерности в таком его понимании создает ситуацию предопределенности судебного решения, т.е. во всех случаях должно приводить к защите частного интереса постольку, поскольку «либеральная концепция выражается в приоритете конституционных прав» (с. 372)? Очевидно, что положительный ответ на этот вопрос означал бы отрицание самой идеи соразмерности в обозначенном выше смысле – как идеи согласования прав частных лиц и публичных ценностей. Кроме того, в диссертации утверждается, что, если «антиобщественная зависимость наркоманов, алкоголиков, курильщиков, игроманов и других, несомненно, требует приоритетного учета публичного интереса», то «“эгоизм” потребителей, предпринимателей, охотников, рыболовов, веганов, велосипедистов и других значительных социальных групп», напротив, требует обеспечения «приоритета их частных или групповых интересов над общим благом» (с. 78). Если таким образом возможно устанавливать баланс *apriori*, вне рамок конкретного дела, то возникает вопрос, зачем вообще нужна соразмерность, если интерес рыболова при столкновении с публичным интересом должен в любом случае получить приоритет?

Второй – утверждения о монополизации принципа соразмерности либеральным дискурсом не соответствуют собственным размышлениям автора об истории принципа соразмерности, следы которого Алексей Вячеславович находит, например, в древнерусском праве и признает, что идея соразмерности в виде кровной мести, виры и т.п. за уголовные преступления «была достаточно развитой и соответствовала общеевропейским стандартам того времени» (с. 44). Вместе с тем, объединение в одном понятии общего правового принципа, с *одной стороны*, соразмерности между преступлением и наказанием, а с *другой* – соразмерности (пропорциональности) в сфере ограничений прав человека, кажется несколько искусственным, т.е. складывается впечатление о том, что речь идет о двух разных соразмерностях.

Третий – решения Конституционного Суда РФ, в которых приоритет отдается общему благу, объясняются в диссертации наследием советской, социалистической правовой традиции (с. 17, 57, 58, 474 и др.). В соединении с тезисом о том, что приоритет индивидуальной свободы обеспечивается либеральной позицией, соразмерность из правового принципа превращается в политическую борьбу двух конкурирующих в конституционной юстиции идеологий. Так, Алексей Вячеславович пишет: «С точки зрения принципа соразмерности в конституционном судопроизводстве особенно актуальны сохраняющаяся социалистическая традиция или либеральные взгляды в отношении ключевых проблем, возникающих в делах о защите конституционных прав» (с. 68). Эта «взаимосвязь идеологии и соразмерности в практике конституционного правосудия» неоднократно отмечается в диссертации (напр., с. 79, 68, 393), что – в такой интерпретации – ставит под вопрос правовой характер рассматриваемого принципа. Кроме того, едва ли решения о приоритете общего блага могут быть *во всех случаях*

объяснены сохраняющимся влиянием социалистической правовой традиции. Иначе оказывается необъяснимым, под влиянием чего, например, Европейский суд по правам человека принимает те решения, в которых по результатам «взвешивания» предпочтение отдается публичному интересу?

Четвертый – автор отмечает «неизменный приоритет» публичных интересов над индивидуальными правами в конституционном судопроизводстве, что, по его мнению, может привести к оправданию чрезмерных вмешательств в конституционные права (с. 30, 100, 374, 383, 420). Так, рассматривая реализацию принципа соразмерности в спорах о защите трудовых прав, Алексей Вячеславович, как можно понять, придерживается либеральной позиции, отдающей приоритет защите прав работодателей (с. 473–474); ситуация же, когда под влиянием социалистической традиции в приоритете оказываются публичные интересы и права работников, рассматривается как вызывающая беспокойство (с. 474). Обращает на себя внимание непоследовательность позиции автора – в ситуации конкуренции экономических прав и публичного интереса охраны окружающей среды Алексей Вячеславович уже отмечает противоречие между проводимой органами публичной власти либеральной политикой и экологическими требованиями и приходит к выводу о том, что в вопросах «зеленой повестки» «абсолютизация либерального понимания рыночной экономики немыслима» (с. 506). В связи с этим возникает вопрос, почему публичный интерес в обеспечении экологической безопасности оказывается изъятым из-под действия «либеральной функции соразмерности», почему либеральный принцип экономической свободы в данном случае не выдерживает конкуренции с публичным интересом защиты окружающей среды? Почему именно в этом вопросе угрозы публичному благу неожиданно перестают быть мифическими, т.е. «малейшими и часто достоверно непроверенными», чтобы оправдать отступление в данном случае от «гуманистического идеала» (с. 58)?

1.3. В диссертации индивидуальные права (свободы) и общее благо противопоставляются. При этом генеалогия и «неизменный приоритет» идеи общего блага в конституционном правосудии связывается исключительно с социалистической, авторитарной и тоталитарной, традицией, наследующей, в свою очередь, «традиции самодержавия» (см., напр., с. 30). Вместе с тем, как хорошо известно, идея общего блага (*bonum commune*) занимает важное место в европейской правовой традиции – достаточно вспомнить имена мыслителей, которые внесли вклад в разработку данного понятия и работы которых образуют так называемую Дж. Финнисом центральную – естественно-правовую – традицию: Аристотель, Цицерон, Фома Аквинский, Гуго Гроций, Дж. Локк и др. Так, основоположник классического либерализма Дж. Локк писал о том, что «власть... созданного людьми законодательного органа никогда не может простираться далее, нежели это необходимо для общего блага» (Локк Дж. Два трактата о правлении. М., 2009. С. 304). В итоге вследствие того, что понятие общего блага оказывается, в интерпретации автора, скомпрометированным своей связью с социалистической традицией, соотношение общего блага и частного интереса выглядит в диссертации несколько карикатурным: «плохому» общему благу противопоставляется «хороший» частный интерес, что влечет за собой представление российской модели соразмерности как исторически сложившейся модели чрезмерности. Какие-либо иные варианты соотношения индивидуальной свободы и общего блага, к сожалению, в диссертации не обсуждаются, в том числе и в рамках естественно-правовой традиции (не говоря уже о неолиберализме), которой очевидно симпатизирует Алексей Вячеславович и в которой можно найти интересные подходы к примирению этих двух противопоставляемых автором понятий.

1.4. В предпринятом в диссертации анализе соразмерности, кажется, оказалась упущенной проблема соразмерности при конкуренции (конфликте) конституционных прав.

Собственно эта проблема и не охватывается предложенным в диссертации понятием соразмерности. При этом в работе есть небольшой по объему пункт 3.4.4.1 «*Конфликты и конкуренция конституционных прав*», в котором идет речь о соотношении понятий «конфликт» и «конкуренция» прав и соотношении формально-логической и риторической аргументации при разрешении конфликта прав. Отчасти проблема конкуренции прав затрагивается в пункте 2.1.11 «*Соразмерность как интегральный принцип*», где, в частности, утверждается, что соразмерность служит средством гармонизации «однопорядковых» принципов права, а также в пункте 3.4.3.2 «*Балансирование основных свобод в праве Европейского Союза*», в котором приводится позиция Суда ЕС о необходимости поиска баланса двух прав (права на уважение частной жизни пользователей интернет-серверов и права на интеллектуальную собственность производителей музыки) (с. 357). В связи с этим возникает вопрос, все-таки охватываются ли понятием соразмерности ситуации конфликта «однопорядковых» конституционных прав? Положительный ответ на этот вопрос предполагает необходимость корректировки определения понятия соразмерности как инструмента гармонизации исключительно индивидуальных прав и общего блага, а также пояснений того, почему ситуация конкуренции прав рассматривается в диссертации фрагментарно, отрицательный – требует обоснования того, почему ситуации конфликта прав не охватываются понятием соразмерности.

Алексей Вячеславович относит положения ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, согласно которой «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц», к коммунитарным, т.е. социалистическим (автор использует данные понятия как синонимичные (см., напр., с. 102)), ценностям. Странность этого утверждения можно продемонстрировать с помощью аргумента *a contrario*: противоположная коммунитарной либеральной позиция должна соответственно предполагать, что при осуществлении собственных прав должны нарушаться права и свободы других лиц. Едва ли это так. Разве классик либерализма Дж. Локк не писал о том, что «поскольку все люди равны и независимы, постольку ни один из них не должен наносить ущерб жизни, здоровью или собственности другого; ибо все люди созданы одним всемогущим и бесконечно мудрым творцом» (*Локк Дж. Два трактата о правлении*. М., 2009. С. 219). Разве принципиальная возможность балансирования конкурирующих прав и возможность их ограничения не составляет содержание отнюдь не социалистической методологии «взвешивания» Р. Алекси?

В диссертации не получила обсуждения идея Р. Дворкина, на работы которого Алексей Вячеславович неоднократно ссылается, о ложности самой постановки вопроса о равновесии между индивидуальными правами и общим благом. Не получила обсуждения и высказываемая в связи с этим в российской научной литературе позиция, согласно которой при рассмотрении вопроса о правомерности ограничения прав человека не следует ограничиваться констатацией того обстоятельства, что данные ограничения соразмерны необходимости защиты конституционных ценностей, а необходимо показать, какие права и свободы человека могут быть нарушены, если соответствующий публичный интерес не будет защищен (см., напр.: *Лапаева В.В. Возможности развития человекоцентристского потенциала Конституции РФ (на примере толкования ч. 3 ст. 32) // Правоведение. 2016. № 1. С. 122–123*). Такая позиция предполагает «конвертацию» общего блага в соответствующие права, что позволяет рассматривать конфликт индивидуального права и общего блага как конкуренцию прав.

1.5. Не вполне проясненной осталась отмечаемая в диссертации «взаимосвязь» принципов соразмерности и справедливости (с. 36, 112). Иногда эта «взаимосвязь» больше походит на тождество понятий, что в особенности проявляется в понятии ретрибутивной

справедливости как соразмерности проступка с ответственностью за него (с. 141). Так, в диссертации справедливо подчеркивается, что в уголовном праве «соразмерность... выражена в принципе справедливости» (с. 351). На тождество соразмерности и общеправового принципа справедливости в понимании российских исследователей обращается внимание и применительно к трудовому праву (с. 435). Соотношение справедливости и соразмерности вновь возвращает к вопросу о корректном понятии соразмерности, которое не было бы тождественным справедливости и при этом включало бы в себя, наряду с согласованием частных и публичных интересов, конкурирующих конституционных прав, также и соразмерность между преступлением и наказанием.

1.6. Вызывает сомнение отнесение принципа соразмерности к неписаному праву, притом что Алексей Вячеславович находит нормативные основания соразмерности в самой Конституции: «Содержащийся в части 3 статьи 55 термин “мера” *служит нормативным основанием для использования соразмерности в качестве конституционного принципа*» (с. 62). Правда, на с. 110 делается противоположное утверждение: «Использование в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ однокоренного существительного “мера” *не может служить его достаточным нормативным обоснованием*». Тем не менее, в диссертации отмечается: «Как и любая юридическая максима, соразмерность *наряду со своим конституционным закреплением* относится к категории неписаного права». Кроме того, подчеркивается, что только в 2020 г. Конституционный Суд РФ сослался на принцип соразмерности (пропорциональности) в 34-х из 50-и своих постановлений (с. 110). Таким образом, несмотря на отмечаемую в диссертации позитивацию данного принципа в Конституции и актах конституционного правосудия, «сущность соразмерности определяется отнесением этого принципа к числу неписаных норм» (с. 108). Возможно, генеалогия этого, как и других общих принципов права, именно такова, на что обращается внимание в диссертации: «В историческом плане общие принципы правы *немыслимы вне юснатурализма как типа правопонимания*» (с. 108). Однако в ситуации позитивации данного принципа в практике конвенционного и конституционного правосудия считать принцип соразмерности неписанным правом едва ли есть основания.

Алексей Вячеславович полагает, что при «законодательной фиксации» природа общих правовых принципов не меняется (с. 148), однако эта «природа», на мой взгляд, выражается в чем-то более существенном, чем их неписаный характер. Вероятно, здесь имеет место смешение понятий неписаного и естественного права. Неписаное право (например, обычай) не тождественно естественному, при этом естественное право может быть позитивировано в различных источниках права, и только при его позитивации в правовом обычае границы понятий естественного и неписаного права совпадут. В связи с этим вызывает сомнение и тезис автора о том, что «формами» соразмерности являются «сразу два источника – общий принцип права и обычай (общепризнанный принцип международного права)» (с. 121). Не вполне ясно, каким образом формой (источником) принципа может быть сам принцип? И несколько загадочным является суждение о том, что «для большинства российских юристов в силу преимущественно сохраняющегося позитивизма любой юридический принцип отождествляется с содержанием, но не с формой права» (с. 128). Это скорее характеристика не позитивистского, а именно естественно-правового понимания принципов, увязывающего их правовой характер исключительно с их содержанием, а не с их формой, надлежащим установлением и т.п.

2. Следующие соображения касаются предпринятого в диссертации обоснования междисциплинарного подхода при анализе соразмерности, что, конечно, невозможно не приветствовать.

2.1. Первый вопрос, который здесь возникает, – что имеется в виду под «междисциплинарным подходом в анализе соразмерности»? В соответствующем

параграфе представлено по крайней мере три смысла, в которых употребляется данный термин: 1) прескриптивный (нормативный) – это то, чем должно руководствоваться конституционное правосудие; 2) дескриптивный – это описание того, чем руководствуются конституционные суды при вынесении решений в «трудных делах»; 3) теоретический – исследование понятия соразмерности (меры, равновесия и др.) в других социально-гуманитарных науках. Иными словами, междисциплинарный подход – это то, чем должны руководствоваться судьи, или то, чем они уже руководствуются, или то, что помогает автору в теоретическом раскрытии понятия соразмерности? То есть в данном случае оказались объединены методология научного исследования и использование (как существующее, так и полагаемое должным) междисциплинарных методов в аргументации органов конституционной юстиции, т.е. методы, исследующие правовую реальность, и методы, с помощью которых она создается в виде актов конституционного правосудия. Множественность смыслов понятия в диссертации, конечно же, возможна, но эти смыслы должны быть отрефлексированы.

2.2. Едва ли корректным является определение субсумции как «соотнесения языкового смысла конституционной нормы (родовое понятие) с фактическими обстоятельствами конкретного дела (видовое понятие)» (с. 64). Фактические обстоятельства конкретного дела являются в логической терминологии не видовым понятием, а индивидуальным случаем, а установление соотношения родовых и видовых понятий, о чем пишет Алексей Вячеславович, является примером родовой субсумции (см., напр.: *Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В. Границы логики и аргументация в праве // Булыгин Е.В. Избранные работы по теории и философии права. СПб., 2016. С. 159–161*), от которой следует отличать индивидуальную субсумцию – соотнесение индивидуального случая с понятием (родовым или видовым). В приводимом автором в качестве примера Определении Конституционного Суда (от 19.02.2009 № 91-О-О) орган конституционной юстиции как раз осуществляет родовую субсумцию, и нарушений правил формальной логики (с. 65) здесь, на мой взгляд, не усматривается.

2.3. Несколько противоречивым кажется представление о возможностях экономического анализа права. С одной стороны, Алексей Вячеславович выражает надежду на то, что «методология экономического анализа позволяет создать пусть и не бесспорную, но универсальную шкалу конституционных ценностей», которая позволит «привнести соизмеримость для разнопорядковых на первый взгляд индивидуальных свобод и публичных интересов». С другой стороны, полагает необходимым ограничить сферу применения экономического анализа права экономическими отношениями, за пределами которых «редуцирование нормативного содержания личных, политических и социальных прав до простых количественных выражений неизбежно приведет к утилитарному подходу и девальвации ценности человеческой личности» (с. 344), с чем трудно не согласиться, но это утверждение вместе с тем означает и невозможность разработать при помощи данного метода универсальную шкалу конституционных ценностей.

2.4. Следующий вопрос связан с использованием в диссертации диалектического метода. Хотя диалектика как философский метод бывает разной, Алексей Вячеславович, как можно понять, избирает гегелевскую (тезис – антитезис – синтез, напр., с. 101) и марксистскую (тезис о переходе количества в качество, с. 63) версии диалектики. Вместе с тем некоторые приводимые в диссертации примеры использования диалектического метода скорее являются примерами демонстрации причинно-следственных связей. Так, поясняя «диалектическое развитие конституционных прав», автор отмечает, что конституции являлись *реакцией* на негативный опыт государственного произвола и нарушения индивидуальных свобод (с. 97, также с. 53). В этом суждении «произвол» и

«нарушения» могут быть интерпретированы в качестве причины, а конституции – в качестве следствия. То же самое можно сказать и о «диалектическом характере» социальных прав, которые рассматриваются как «диалектическая реакция на предыдущий негативный опыт» (с. 396–397), т.е. в качестве следствия из причины. Не вполне ясно также, почему взаимосвязь юридической догматики и междисциплинарных подходов также является диалектической (с. 13), почему в замене привилегий дворянства и буржуазии льготами партийной номенклатуры также обнаруживается логика диалектического развития (с. 58)? В целом складывается впечатление нестрогого использования данного метода, как и того, что автор оперирует разными «диалектиками».

2.5. Последнее методологическое замечание связано с обращением Алексея Вячеславовича к историческим сюжетам, прежде всего в п. 1.1 диссертации. Хотя автор и предостерегает от ошибки «модернизации прошлого», однако, кажется, сам попадает в эту ловушку, в частности, адресуя временам Московской Руси упрек в «отрицании основополагающих интересов частных лиц» и отсутствии соразмерности (с. 44–45). Думаю, что такая ситуация с правами частных лиц и соразмерностью в соответствующих хронологических рамках не являлась проблемой исключительно Московской Руси – достаточно вспомнить хорошо известные сюжеты европейской истории (огораживание в Англии, колонизацию Индии и Америки и др.).

3. В предложенной автором трактовке социальных прав вызывает сомнения такой присваиваемый им признак, как фундаментальность. В диссертации фундаментальность социальных прав связывается с «внешними по отношению к правопорядку факторами» (с. 399), в числе которых – «профессиональный или академический опыт отдельных конституционных судей», свойственный им «левый уклон», «организационная структура конституционной юстиции» (с. 401–402). Обозначение «внешних факторов» в качестве условий фундаментальности само по себе является уязвимым аргументом – с исчезновением факторов утратят фундаментальность и социальные права. Так понимаемая фундаментальность едва ли может выступать сущностным признаком социальных прав. Присвоение фундаментального характера социальным правам тем более странно с учетом позиции автора о том, что социальные права представляют собой если не привилегии, то групповые права уязвимых категорий населения (с. 406), а также права лиц со специальным статусом (военнослужащих, сотрудников органов внутренних дел и др.), т.е. не обладают свойством всеобщности. Фундаментальность и отсутствие всеобщности как свойства социальных прав – трудносоединимые понятия.

4. И последнее – собственно замечание. Диссертация имеет сложную структуру, которая, к сожалению, не получила отражения в Содержании. При этом название некоторых пунктов выглядит весьма фундаментально и многообещающе (напр.: 3.4.3.2. Балансирование основных свобод в праве Европейского Союза; 2.1.7.4. Общие принципы права и континентальное право; 2.1.8.2. Национальные традиции европейских государств, и др.). Однако их содержание может уместиться в один–два абзаца, в которых обозначенная в названии пункта тема (проблема) просто в силу ограниченного объема не может быть раскрыта. Также обращает на себя внимание отсутствие таких традиционных разделов Введения, как теоретические основы исследования и его эмпирическая база, притом что последняя, как уже отмечалось, весьма обширна.

Наконец, работа содержит ценностные суждения, которые, как и любые такого рода суждения, не имеют под собой научных аргументов и не могут быть предметом научной дискуссии. Так, разделяемые автором оценки права и государства определенного исторического периода как грубого, жестокого и лицемерного (с. 52–53, 56), как абсурда (с. 54), на мой взгляд, не способствуют приращению нового знания. Поэтому я оставляю

подобные ценностные суждения без комментариев, оценивая исключительно теоретическое содержание диссертации.

Предложенные соображения никоим образом не влияют на высокую положительную оценку диссертационного исследования и подчеркивают интерес, который оно вызывает. Можно с уверенностью констатировать методологическую, теоретическую и эмпирическую обоснованность положений и выводов, содержащихся в диссертации, их высокую теоретическую и практическую значимость. Алексеем Вячеславовичем представлена к защите самостоятельная научно-квалификационная работа, которая представляет собой личный обладающий научной новизной вклад автора в решение актуальной научной проблемы, имеющее важное теоретическое и прикладное значение, – обоснование и анализ российской модели соразмерности в конституционном правосудии, рассмотренной на примере защиты основных социальных прав, что можно квалифицировать как научное достижение. У меня нет оснований не согласиться с автором в том, что проведенное им исследование представляет собой «оригинальный вклад в общую теорию конституционных прав и глобального конституционного правосудия с точки зрения опыта постсоветской России в применении принципа соразмерности по отношению к основным социальным правам» (с. 12).

Анализ работы позволяет прийти к выводу о том, что диссертация *Должикова Алексея Вячеславовича* на тему «*Соразмерность как общеправовой принцип в конституционном правосудии России (на примере основных социальных прав)*» соответствует основным требованиям, установленным Приказом от 19.11.2021 № 11181/1 «О порядке присуждения ученых степеней в Санкт-Петербургском государственном университете», соискатель *Должиков Алексей Вячеславович* заслуживает присуждения ученой степени доктора юридических наук по научной специальности 5.1.2. Публично-правовые (государственно-правовые) науки. Пункты 9 и 11 указанного Порядка диссертантом не нарушены.

Председатель диссертационного совета
доктор юридических наук, доцент,
профессор кафедры теории и истории
государства и права СПбГУ



Тимошина Е. В.

23 мая 2022 г.