



doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-4-464-485

ПРОБЛЕМА ЮСТИЦИАБЕЛЬНОСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СИТУАЦИЯХ ИХ КОНКУРЕНЦИИ И ПРИНЦИП ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ

Е.В. Тимошина

Санкт-Петербургский государственный университет
Юридический факультет
199034, Санкт-Петербург, Россия, Университетская наб., 7–9

При обсуждении проблемы юстициабельности прав человека в ситуациях их конкуренции принципиальное значение приобретают два вопроса. Первый из них касается тех факторов, которые способны по крайней мере осложнить юстициабельность ситуаций конкуренции основных прав. Автор приходит к выводу о том, что стоящие за тем или иным пониманием прав человека различные мировоззренческие картины и ценности, актуальное переживание которых способно поляризовать общество (не исключая и судейского сообщества), являются тем фактором, который проблематизирует юстициабельность конкурирующих прав и затрудняет рациональную, претендующую на общезначимость, аргументацию судебного решения. Именно поэтому принципиальное значение приобретает второй — методологический — вопрос, связанный с поиском адекватных инструментов конституционного толкования, которые позволили бы минимизировать издержки вовлечения конституционного правосудия в сферу политического дискурса.

Рассматривая проблему юстициабельности прав человека и конституционных принципов как их нормативных оснований в ее методологическом аспекте, автор делает вывод о том, что в рамках диктуемой принципом пропорциональности логики «взвешивания» конкурирующих прав их юридическая природа трансформируется таким образом, чтобы они представляли собой удобный материал для осуществления «взвешивания». По мнению автора, логика «взвешивания» способна привести к парадоксу: права человека являются таковыми лишь постольку, поскольку подлежат ограничению — вывод, который радикально меняет взгляд на юридическую природу фундаментальных прав. В статье приводятся критические аргументы против позиции нормативного дуализма между нормами-правилами и нормами-принципами, делающей возможным «взвешивание». При этом автор предлагает рассматривать правовые принципы, с точки зрения особенностей текстуального выражения их нормативной природы в конституционных актах как категорические (безусловные) нормы высокой степени абстрактности, имеющие предостаточно-обязывающий характер. Соответствующие правовым принципам права и обязанности являются абсолютными (безусловными) в том смысле, что они связываются не с наличием каких-либо юридических фактов, но исключительно с самим существованием (экзистенцией) человека.

Обсуждая возможные методологические альтернативы принципу пропорциональности, автор приходит к выводу о том, что при разработке такой методологии необходимо отталкиваться от нормативной — не телеологической — природы конституционных принципов (фундаментальных прав).

Ключевые слова: принципы права; права человека; конкуренция прав человека; принцип пропорциональности; юстициабельность; толкование права; конституционная юстиция; юридическая догматика

Благодарности: Статья подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 16-03-50161.

I. ВВЕДЕНИЕ

Ставя проблему юстициабельности фундаментальных прав в ситуации их конкуренции, я отнюдь не имею в виду посылку о том, что права человека представляют собой «неюстициабельную материю» (Schmitt, 2013:55). Постановка данной проблемы означает лишь, что юстициабельность прав человека и конституционных принципов как их нормативных оснований, вероятно, отличается от юстициабельности «ординарных» субъективных прав и их нормативных оснований. При обсуждении этой проблемы принципиальное значение приобретают два вопроса. *Первый* из них касается тех факторов, которые способны, по крайней мере, осложнить юстициабельность ситуации конкуренции фундаментальных прав. *Второй* вопрос состоит в том, являются ли указанные выше отличия настолько существенными, чтобы согласиться с выводом о нормативном дуализме между нормами-правилами и нормами-принципами — выводом, который имеет решающее значение для методологии судебного толкования конституционных принципов.

II. ПРОБЛЕМА ЮСТИЦИАБЕЛЬНОСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ЦЕННОСТНЫЙ АСПЕКТ

Ответ на первый вопрос предполагает осмысление тех факторов, которые обуславливают конфликтность прав человека. Очевидно, что в числе таких факторов будут и ценностный плюрализм, факт существования которого означает, что «конфликты между различными мировоззренческими картинами будут выдвигать на первый план... сильные противоречия вокруг базовых ценностей и фундаментальных прав», и неопределенность их языкового выражения, ведь «права закрепляются с помощью чрезвычайно широкого и неопределенного языка, который дает очень мало указаний, как правильно выражать их требования в специфических обстоятельствах» (Zussa, 2015:188, 178).

Однако важнейший в ряду таких факторов — современное понимание прав человека как находящихся «за гранью добра и зла»: они все больше начинают рассматриваться как свободные от этической оценки и не подлежащие моральным ограничениям, хотя Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод и национальные конституции все еще убеждают нас в возможности и легитимности таких ограничений. Сам факт пополнения каталога прав легализованными формами поведения, которые на протяжении тысячелетней истории права считались отклоняющимися и запрещались как подрывающие основы общественного существования, есть очевидное следствие освобождения

прав человека от моральной оценки. Это приводит к тому, что «ярлык прав позволяет оправдать почти любое требование того, кто научился пользоваться их языком в свою пользу» (Zussa, 2015:178).

Право человека на жизнь и право на оказание помощи в уходе из жизни, право женщины на аборт и право инвалида детства на денежную компенсацию от государства за то, что он не был убит в утробе матери, право человека говорить на родном языке и право гражданина сжигать национальный флаг, право на участие в совместной молитве и право публично изображать Христа с презервативом в руках — все эти и другие права человека равным образом могут быть рассмотрены как расширяющие горизонт его возможностей и являются, как кажется, равнодостоинными актами его самореализации, отправлениями его свободы. В этом каталоге, однако, нет, например, права на подвиг как возможного вида права на достойную смерть, из этого каталога рискует быть изъятой и религиозная свобода, ибо в ней, как утверждают К. Эйсгрубер и Л. Сэджер (2010), нет ничего, что призывало бы к ее особому уважению или любому упоминанию о ней в конституционных биллях о правах.

Однако такое впечатление об этически индифферентном восприятии прав человека, конечно же, обманчиво. Неустрашимость моральных оценок из общественного сознания и несколько нарочитая демонстрация актов реализации новых и новейших, условно говоря, — постклассических, — прав человека приводит к политизации дискурса о правах человека, неизбежно поляризуя общество, разделяя его на «друзей» и врагов «толерантности», — с точки зрения ее «друзей», недостаточно широко мыслящих носителей религиозных, гендерных, национальных и прочих культурных стереотипов или предрассудков.

Парадоксальным образом концепт толерантности, культивирующий *право чувствовать себя униженным или оскорбленным* (уязвленным) выступает мощным фактором, провоцирующим конфликтность прав человека. Примером реальности переживания такого права является нижеследующее рассуждение К. Эйсгрубера и Л. Сэджера:

«...Молитвенные ритуалы предполагают публичное единение верующих... В результате их социальное значение включает в себя такое *грубое сообщение*: действительные члены этого сообщества... исповедуют христианство определенного направления; остальные пребывают среди нас, но испытывают недостаток в статусе полноправного членства. Публичные ритуалы создают класс посторонних и таким образом *принижают* тех, кто попал в этот класс...» (здесь и далее курсив в цитатах мой — Е.Т.) (Finnis, 2015:145).

К «принципу *принижения*» (*disparagement*) апеллирует в своих рассуждениях и Дж. Раз, когда утверждает, что требовать от иммигрантов разговаривать на нашем языке означает не уважать их, высказывать суждение о том, что их культура менее развита и подлежит устранению (Finnis, 2015:145).

Комментируя «принцип *принижения*», Дж. Финнис приходит к следующему выводу:

«...Этот аргумент о непреднамеренном, но предположительно реальном принижении *теперь выступает могущественной силой в конституционных и политических доводах против* не только нашей религии или религий, но и против института брака, приоритета нашего языка в нашей собственной стране и любого другого аспекта нашей культуры, который не получил всеобщего распространения и которым многие, как принадлежащие к нашему сообществу с рождения, так и нет, недовольны» (Finnis, 2015:145).

Подобные «вменения неуважения, оскорбления, принижения, высказываемые по любому поводу», по мнению Дж. Финниса (2015:145), есть не более чем «беспричинная и необоснованная, чрезвычайно софистская беллетристика», однако право чувствовать себя приниженным оказывается способным провоцировать многочисленные и зачастую непредсказуемые конфликты, потому что в окружающем нас мире можно найти много неожиданных поводов для «уязвления», — например, чей-то родной язык или рождественская елка на городской площади...

Таким образом, как отмечает Д. Степанов (2017:63–64), исследовавший различные блоки конституционной архитектуры на предмет их идеологической нейтральности/ангажированности, «сфера прав человека оказывается в самом центре политической борьбы»:

«Права человека и гражданина — это часть, причем значительная, политического процесса, как на внутринациональном, так и на международном уровне. Это сфера... максимально политизированная... по самым разным осям и срезам. Более того, это сфера, дающая наибольшее число поводов для поляризации не только между социальными группами, но даже в рамках одной, по иным основаниям довольно идеологически однородной группы... Артикулирование проблемы, продвижение либо, напротив, замалчивание, подавление тех или иных прав человека и гражданина — все это происходит в рамках текущего политического процесса... отдельные права могут получать развитие либо ограничиваться, их смысловое наполнение может меняться существенным образом. Таким образом, сфера прав (свобод) человека и гражданина... есть самая... идеологически чувствительная область публичного права, здесь все так или иначе политизировано и подвержено влиянию текущего дискурса» (Stepanov, 2017:63–64).

Политизированность дискурса о правах человека есть вместе с тем проблема их юстициабельности — проблема, поставленная, как известно, еще в рамках полемики К. Шмитта и Г. Кельзена о конституционной юстиции. Для К. Шмитта (2013:55) было очевидно, что требуемое идеалом правового государства разрешение всех политических вопросов в форме юстиции означает экспансию юстиции на «неюстициабельную материю», что приводит, однако, не к юридизации политики, а к политизации юстиции. Его оппонент Г. Кельзен, полагавший, что «между политическим характером законодательства и юстиции имеется лишь количественное, а не качественное различие», не видел препятствий к тому, чтобы политический спор — а таковым, по его мнению, является любой правовой спор, где есть конфликт интересов, — мог быть разрешен *юридически* (Kelsen, 2013:369). Очевидно, однако, что стоящие за тем или иным

пониманием прав человека различные мировоззренческие картины и ценности, актуальное переживание которых способно поляризовать общество (не исключая и судейского сообщества), являются тем фактором, который проблематизирует юстициабельность конкурирующих прав и затрудняет рациональную, претендующую на общезначимость, аргументацию судебного решения.

Именно поэтому принципиальное значение приобретает методология судебного толкования в ситуации конкуренции права, поэтому ответ на *второй* вопрос, поставленный в начале статьи, связан с поиском адекватных инструментов конституционного толкования, которые позволили бы минимизировать издержки вовлечения конституционного правосудия в сферу политического дискурса с присущим ему различием «друга» и «врага».

III. ПРОБЛЕМА ЮСТИЦИАБЕЛЬНОСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Проблема юстициабельности прав человека в ее методологическом аспекте не в последнюю очередь, конечно же, связана с особенностями формулировок конституционных принципов — прежде всего это высокая степень абстрактности и вследствие этого неопределенность их нормативного содержания. По отношению к конституционным текстам некоторые представители правового реализма в его радикальной версии (например, М. Тропер) вообще занимают *позицию агностицизма*, заявляя о *невозможности* анализировать значение тех высказываний, которые составляют формальную конституцию (откуда также следует невозможность иметь правопорядок, организованный конституцией в формальном смысле слова) (Pfersmann, 2012:107–108). Кроме того, конституционные принципы «в силу абстрактного и лапидарного слога конституции в большинстве своем не в состоянии эксплицитно указывать на конкретные факты, которые подлежат доказыванию» (Chirninov, 2017:93).

Наряду с отсутствием разработанной догматики прав человека все это дает повод для вывода о том, что толкование конституции имеет иную природу, чем толкование других правовых актов (ординарного законодательства) — оно имеет дело с совершенно иными *объектами* по сравнению с теми, с которыми работает «обычный» правоприменитель, и требует принципиально иных *методов*. Таким образом, в доктрине сформировалось представление о том, что выработанные догматической юриспруденцией методы толкования, а фактически сама модель субзумпции, «не срабатывают» в тех случаях, когда юрисдикционный орган сталкивается с необходимостью разрешения спора, в котором стороны апеллируют к равнозначным правам (Gadzhiev, 2013:203–204) — равным образом закрепленным в конституции, которым равным образом предоставляется конституционная защита. Кроме того, в ситуации конкуренции конституционных принципов, которые, как правило, установлены одним актом, т.е. одновременно, являются нормами одного иерархического уровня и зачастую пересекаются по своему объему, по крайней мере, два из известных дерогационных пра-

вил неприменимы (*lex posterior derogat legi priori* и *lex superior derogat legi inferiori*). Соответственно, как и субзумпция, так и применение дерогационных правил, равным образом предполагающие использование известных юридической догматике методов толкования, дискредитируются как рутинные процедуры, непригодные для разрешения «трудных» дел, как принадлежность «формального», «примитивного», «механического» и т.п. правоприменения.

Вместе с тем дисциплинирующее воздействие модели субзумпции заключается в том, что она «представляет собой сквозную *технику связывания судьбы законом*», при этом, как замечает немецкий цивилист Я. Шапп (2006:40), она «не обеспечивает так называемое механическое применение права, а лишь определяет рамки для оценочной деятельности судьи». Признание модели субзумпции инструментом, не адекватным целям конституционной юстиции, также может восприниматься в качестве фактора ее политизации, осложняющего юстициальность прав человека и конституционных принципов как их нормативных оснований. Так, К. Шмитт приходит к выводу о том, что «если судья покидает территорию, где... существует подведение дела под действие общих норм в зависимости от его обстоятельств и тем самым содержательная привязка к закону, то он уже не может быть независимым судьей, и никакая видимость формы юстиции не избавит его от этого следствия» (Schmitt, 2013:51). В конечном счете, полагает он, когда судья освобождается от своей привязки к закону, он оказывается в сфере политической борьбы, ожесточенность которой только усиливается ссылками на право (Schmitt, 2010:259).

Вместе с тем его оппонент Г. Кельзен полагал, что признание судом закона неконституционным представляет собой результат субзумпции — подведения «обстоятельств дела *при производстве нормы*» под норму конституции, регулирующую эти обстоятельства дела, и эти обстоятельства квалифицируются как противоречащие норме. Соответственно, «норма должна быть отменена в ее индивидуальной или универсальной действительности по той причине, что обстоятельства дела при ее производстве противоречат регулирующей эти обстоятельства дела и именно потому более значимой норме» (Kelsen, 2013:373–374). К такому же по сути выводу приходит и современный исследователь А. Чирнин, утверждая, что предметом доказывания в конституционном судебном процессе являются «*факты, характеризующие правотворческие решения*, служащие их основанием и свидетельствующие об обоснованности и рациональности избранного правового регулирования либо опровергающие данные характеристики» (Chirninov, 2017:99).

Однако в ситуациях конкуренции прав человека в доктрине предписывается использовать принцип пропорциональности (балансирование, взвешивание), который рассматривается в качестве глобальной аналитической схемы конституционного анализа (Belov, 2016:68), инструмента, обеспечивающего «предельное верховенство права» (Beatty, 2012:162). Вместе с тем найденный судом баланс зачастую кажется настолько сомнительным, что, если было бы нужно пол-

ностью изменить его, решение могло бы быть таким же убедительным (Schlag, 2010:137–138).

Принцип пропорциональности позволяет органу конституционного контроля признать одно право нуждающимся в ограничении, а другое — в защите, равно как и принять прямо противоположное решение, что очевидным образом *дискредитирует саму идею прав человека*. Это способно привести к выводу о том, что концепт «взвешивание» функционирует как удобная метафора, скрывающая неограниченную дискрецию судебной власти, в том числе и при определении «веса» того или иного принципа. В конечном счете концепция пропорциональности «никак не ограничивает усмотрение правоприменителя, позволяя осуществлять политический выбор под видом юридического решения» (Vaupan, 2015a:84).

Как известно, теоретическое разграничение между принципами и правилами имеет основополагающее значение для теории Р. Алекси вообще и его методологии судебного «взвешивания» в частности. Следуя Р. Дворкину, Р. Алекси полагает, что существует резкое и очевидное — *качественное* — различие между правовыми принципами и юридическими правилами. Правовые принципы представляют собой так называемые *требования оптимизации*, т. е. требования, чтобы нечто было реализовано в той степени, в какой это позволяют сделать юридические и фактические возможности; следовательно, правовые принципы характеризуются тем, что их реализация всегда происходит в той или иной степени (Alexy, 2011:88–89; 2010b:209). Правовые правила не обладают указанным свойством: в каждом конкретном случае они либо выполняются, либо нет (Alexy, 2010a:47–48).

Соответственно, правовые принципы не являются правилами, которые можно было бы применять путем простой субзмпции. Конфликт правил может быть разрешен путем установления исключения или признания одной из норм недействительной, конфликт принципов — исключительно путем «взвешивания» или балансирования (*balancing*). Это означает, что в случае конфликта правовых принципов необходимо осуществить взвешивание, т. е. определить, какой из принципов имеет больший вес, и действовать в соответствии с правилом: чем выше степень ограничения одного принципа, тем выше важность проведения в жизнь конкурирующего принципа. Если в результате конфликта двух принципов перевешивает первый, это не означает признание второго недействительным, равно как не означает необходимости установления из него исключений — напротив, в другой ситуации взвешивание может привести к обратному результату, так что второй принцип возобладает над первым (Alexy, 2010a:49–50). В то же время оба конфликтующих принципа должны быть реализованы настолько, насколько они могут быть реализованы с учетом фактических и юридических возможностей.

Р. Алекси полагает, что разграничение правил и принципов является столпом в здании теории конституционных прав (Alexy, 2010a:44) — при отсут-

ствии такого разграничения права человека не могут быть подвергнуты «взвешиванию».

Суть догматического проекта Р. Алекси и сторонников его теории заключается в том, чтобы за счет характерных для принципов свойств — прежде всего их относительного характера, обусловленного зависимостью от фактических и юридических возможностей их осуществления, — представить конституционные нормы о правах человека в качестве оптимизирующих предписаний и разрешить возникающие ситуации их конкуренции через оптимизирующее взвешивание (Poscher, 2015:141).

Таким образом, именно возможность «взвешивания» и варьирования — в зависимости от фактических и юридических возможностей — *степени* реализации права, иными словами — возможность его «*оптимизации*», отличает принципы от правил. Соответственно, *differentia specifica* фундаментальных прав становится их взвешиваемость или оптимизируемость, точнее говоря — принципиальная возможность их ограничения. Действительно, взвешивание выступает логическим следствием данного Р. Алекси определения норм-принципов как требований оптимизации: «Природа принципов предполагает принцип пропорциональности *и наоборот*... [Последнее] означает, что принцип пропорциональности... логически вытекает из природы принципов, может выведен из нее посредством дедукции» (Alexy, 2010a:66). В конечном счете логика рассуждений Р. Алекси способна привести к парадоксу: права человека являются такими лишь постольку, поскольку подлежат ограничению — вывод, который радикально меняет взгляд на юридическую природу фундаментальных прав.

IV. НОРМАТИВНЫЙ ДУАЛИЗМ МЕЖДУ ПРАВИЛАМИ И ПРИНЦИПАМИ: КРИТИЧЕСКИЕ АРГУМЕНТЫ

При рассмотрении проблемы юстициальности прав человека и конституционных принципов как их нормативных оснований главный вопрос, таким образом, состоит в том, может ли быть принята данная позиция *нормативного дуализма*, иными словами, действительно ли нормативность правовых принципов настолько отличается от нормативности правил, что при конкуренции принципов требуется существенно иная методология ее разрешения. Полагаю, что с данной позицией нормативного дуализма невозможно согласиться, исходя из того, что правовые принципы (фундаментальные права), с точки зрения особенностей текстуального выражения их нормативной природы в конституционных актах, могут быть рассмотрены как *категорические* (безусловные) *нормы высокой степени абстрактности, имеющие предостаточно-обязывающий характер*.

1. В рамках диктуемой принципом пропорциональности логики «взвешивания» прав человека в ситуации их конкуренции юридическая природа фундаментальных прав трансформируется таким образом, чтобы они представляли

собой удобный материал для осуществления «взвешивания»: их реализация и защита возможны только «в той или иной степени», «в зависимости от фактических и юридических возможностей» (Alexy, 2010b:209), т.е. не безусловно. Из «политических козырей в руках людей» (Dworkin, 2004:11) права человека превращаются в «ординарные» субъективные права, для возникновения которых, как известно, требуется наличие определяемых гипотезой правовой нормы юридических фактов.

Следуя логике Р. Алекси, соответствующие предписания о правах человека необходимо реконструировать как условные, гипотетические нормы: например, «если *наличествуют фактические и юридические возможности*, то *N.* имеет право — *в той или иной степени* — не быть подвергнутым пыткам». Данный пример представляется тем более корректным, что ни одно из основных прав, с точки зрения Р. Алекси, не может быть изъято из-под действия метода «взвешивания». Возможность такой реконструкции допускает сам Р. Алекси, по мнению которого закон коллизионности можно сформулировать следующим образом: «условия, при которых один принцип имеет приоритет перед другим, образуют фактический состав (*Tatbestand*) правила, выражающего наступление правовых последствий, предписанных более значимым (весомым) принципом» (Alexy, 2017:22).

Очевидно также, что признание зависимости реализации прав человека от фактических и юридических возможностей *логически* допускает ситуацию невозможности их реализации со ссылкой на отсутствие таких возможностей: «если *отсутствуют фактические и юридические возможности*, то *N.* не имеет права не быть подвергнутым пыткам, дискриминации и т.д.». Такое логическое преобразование, логически вполне допустимое в рамках рассуждений Р. Алекси, наглядно обнаруживает дискредитацию смысла фундаментальных прав в рамках предлагаемого им дискурса «взвешивания». Такая трансформация фундаментальных прав в условные, гипотетические конструкции едва ли соответствует их этическому смыслу и форме его нормативного выражения в международно-правовых актах и национальных конституциях.

Возможность реконструкции предписаний о правах человека как гипотетических правил, *во-первых*, является одним из аргументов, демонстрирующим отсутствие *качественных* различий между правилами и принципами, на наличии которых настаивает Р. Алекси (2017:22), как и вообще относительность и условность предлагаемого им разграничения, *во-вторых*, делает возможной субзумпцию вследствие наличия в правиле фактического состава (*Tatbestand*), что также способно поставить под сомнение исключительность методологии взвешивания в ситуации конкуренции правовых принципов.

Принципы права могут быть рассмотрены как *категорические* (безусловные) *нормы*, т.е. нормы, не имеющие гипотезы в качестве условия своего действия. Так, значительную часть Конвенции о защите прав человека и основных свобод составляют такого рода категорические предписания: «Никто не должен

подвергаться... пыткам (ст. 3), «Никто не должен содержаться в рабстве...» (ст. 4) и др.

Для развития данного предположения может быть использована концепция нормативной мотивации Л.И. Петражицкого, который полагал возможным интерпретировать принципы права как категорические нормы:

«...Есть много таких норм, которые не только... переживаются нормально в категорической форме, но вместе с тем соответствуют таким общим принципам права, которые уже на теперешней ступени развития человеческой культуры имеют в цивилизованном мире характер абсолютно-общих, чуждых всяких исключений принципов. Такой характер не только категорических норм, но и абсолютно-общих принципов цивилизованного права имеют, например, нормы, не допускающие пыток, так называемой квалифицированной смертной казни... порабощения людей и торговли ими и проч. *Какие бы "интересы" или "цели" ни имелись в виду, такие и т.п. посягательства на личность и права другого культурным правом отвергаются*» (Petražyski, 2000:270–271).

Соответственно, Л.И. Петражицкий считал «недоразумением» доказательство условного характера нормы, запрещающей убийство, со ссылкой на допущение смертной казни, убийства на войне и т.д.

«Фактически в психике нормально воспитанных людей, не занимающихся ремеслом палачей или т.п., — возражал он, — норма об убийстве имеет категорический характер. Что же касается допущения со стороны позитивного права смертной казни, убийства на войне и т.п. (пока таковое допущение существует), то дело идет не о гипотетическом характере нормы, запрещающей убийство, а о *существовании особых исключений из соответствующего общего принципа*» (Petražyski, 2000:270).

Кроме того, в логической структуре правовых принципов отсутствует санкция, что позволяет классифицировать их по данному основанию и как *незащищенные* нормы. В этом смысле правовые принципы как категорические — безусловные и незащищенные — нормы являются выражением чистой *нормативной* мотивации, исключающей «*потому что*»- и «*для того чтобы*»-мотивы при исполнении предписываемой правовым принципом обязанности: *N.* обязан не «потому что» (основание обязанности — гипотеза) и не «для того чтобы» (последствие неисполнения обязанности — санкция) — эта *абсолютная обязанность* может быть описана только при помощи тавтологического утверждения «*N.* обязан, потому что обязан», как и корреспондирующее ей право, *абсолютный* характер которого передается с помощью такого же тавтологического утверждения «*N.* имеет право, потому что имеет право», являющегося выражением хрестоматийного суждения о том, что естественными правами человек обладает в силу его принадлежности к человеческому роду.

Таким образом, категорические нормы, которые, как уже отмечалось, не имеют гипотезы в качестве условия своего действия, не связывают существование субъективных прав и правовых обязанностей с наличием каких-либо юридических фактов. Такие права и обязанности являются *абсолютными* (без-

условными) в том смысле, что связываются исключительно с самим существованием (экзистенцией) человека, являясь своего рода «мерилом человечности» в человеке.

Мотивацию, обусловленную сознанием долга, Л.И. Петражицкий называл *самодовлеющей, нормативной, специфически-правовой* в том смысле, что «здесь не нужно никаких посторонних, целевых и других познавательных процессов» (Petrażycki, 2000:35), но само сознание своей правовой обязанности есть необходимый и достаточный мотив ее исполнения безотносительно к ее основаниям и возможным неблагоприятным последствиям ее неисполнения, представления которых наряду с представлениями различного рода выгод ученый рассматривает в качестве «косвенной вспомогательной мотивации» и строго отграничивает ее от специфически-правовой (Petrażycki, 2000:543). Соответственно, к двум видам вспомогательной мотивации он относил *телеологическую*, обуславливающую действия «для того чтобы» (например, стремление избежать неблагоприятных последствий неисполнения обязанности), и *основную* (т. е. имеющую основания), побуждающей к действиям «потому что», т. е. вследствие наступления каких-либо обстоятельств.

Нормативная мотивация находит соответствующее выражение в *нормативных суждениях*, специфической особенностью которых является то, что они отвергают или одобряют определенный тип поведения «не как средство для известной цели, а само по себе, например, “ложь постыдна”, “не следует лгать”, “следует говорить правду” и т.п.». Фактически признавая общую природу нормативности правил и принципов, Л.И. Петражицкий (2000:35) подчеркивает, что содержанием нормативных суждений являются «*принципиальные правила поведения, принципы поведения, или нормы*».

Категорические нормы, которым соответствуют абсолютные права и обязанности, воспринимаются многими правоведами как «неудобная» теоретическая конструкция. Заслуживает внимания тот факт, что традиция отрицания категорических норм связывается с именем основоположника юриспруденции интересов Р. фон Иеринга, а в российской теории права — с именами его последователя Н.М. Коркунова, а также Г.Ф. Шершеневича. Л.И. Петражицкий отмечает в связи с этим:

«В новое время распространился взгляд, что все юридические нормы представляют условные веления, имеют гипотетическую природу; существование категорических норм вообще отрицается. С точки зрения модного теперь под влиянием учений Иеринга воззрения на право как на правила целесообразности и средства для охраны интересов, право вообще представляет нечто условное и относительное» (Petrażycki, 2000:269).

Действительно, согласно Р. фон Иерингу, «всякая норма заключает в себе условный императив и может быть, следовательно, разделена на две составные части, на *обуславливающее* (предположения, состав деяния) и *обуславливаемое* (императив, приказ, повеление); поэтому всякую норму можно передать в формуле: если — то. В первой посылке содержится мотив и оправдательные аргу-

менты вывода, заключения; “если” постоянно значит “потому что”, представляется основанием определения, выраженным в гипотетической форме» (Jhering, 1881, I:251–252).

Разделяя этот подход, Н.М. Коркунов полагал, что «*все юридические нормы суть условные правила*». Доказывая это утверждение с помощью тезиса о том, что «разграничение интересов не допускает применения безусловных правил» (Korkunov, 2010:186), Н.М. Коркунов фактически использует тот же способ доказательства, какой впоследствии использовал Р. Алекси для обоснования тезиса о релятивном характере правовых принципов: суждение Н.М. Коркунова о том, что безусловных норм не существует, *потому что* на их основе было бы невозможно разграничение интересов, аналогично суждению Р. Алекси о том, что правовых принципов в качестве правил не существует, *потому что* на основе правил было бы невозможно осуществить оптимизирующее взвешивание фундаментальных прав, или, другими словами, права человека как требования оптимизации существуют постольку, поскольку без них было бы невозможно оптимизирующее взвешивание.

Таким образом, цель — разграничение интересов или взвешивание принципов — определяет природу того, что подвергается соответствующей мыслительной операции. На такой — обратный — порядок доказательства применительно к принципу пропорциональности обращает также внимание А. Троицкая (2015:51): «существует опасность того, что понимание юридической природы прав было изменено таким образом, чтобы соответствовать принципу пропорциональности как основному инструменту разрешения конфликтов ограничения прав, хотя, по-видимому, движение мысли должно быть обратным — подходы к ограничению должны определяться юридической природой прав».

Нижеследующая аргументация российского правоведа обнаруживает сходство с аргументацией Р. Алекси и вместе с тем является доказательством относительности предложенного им разграничения правил и принципов, которые, как уже отмечалось, в логике его рассуждений могут быть реконструированы как гипотетические правила. «*Мера ограничений, устанавливаемых для осуществления каждого интереса, меняется, смотря по тому, в отношении к какому именно другому интересу он ограничивается. Один и тот же интерес при столкновении с иными интересами подвергается большим ограничениям, при столкновении с другими — меньшим. [...] Противоположение тому или другому интересу зависит от соответствующей фактической обстановки осуществления интереса.* Поэтому применение юридической нормы становится в зависимость от наличия известных фактов. *Безусловных юридических норм нет*» (Korkunov, 2010:186).

Приведенное сопоставление также дает основания для предположения о том, что несмотря на иллюзию аналитичности концепции взвешивания Р. Алекси, индуцируемую видом приводимых им математических «формул веса», основная ее интенция «вписывается» в традицию реалистического подхода

к судебной интерпретации, начало которого обычно связывается с юриспруденцией интересов Р. Иеринга, а развитие — с влиянием прагматизма, рассматривающего право с телеологической, инструментальной точки зрения (Vaуran, 2015b:38). Одной из главных характеристик реалистического подхода является превращение правил из нормативных суждений в *телеологические*, т. е. в суждения, воспринимаемые как средства для достижения тех или иных целей.

Интерпретацию норм как телеологических (не нормативных) суждений в соединении с отрицанием существования категорических норм можно найти у Г.Ф. Шершеневича (1896, IV:279): «Норма, — утверждает он, — представляет собой сообразование деятельности с намеченной целью. [...] Все нормы обуславливаются целью. Поэтому все нормы, вопреки Канту, гипотетичны, категорических норм нет». Таким образом, предположение об исключительно гипотетическом характере нормы и отрицание существования категорических норм в данном случае оказывается необходимым для объяснения телеологического характера правил. Заслуживает внимания тот факт, что Ю. Хабермас (1994:310) адресует концепции Р. Алекси в числе прочих «телеологическое возражение»: ученый полагает, что в результате интерпретации принципов как оптимизирующих предписаний они теряют свою деонтологическую (нормативную) природу, вследствие чего принципы права приобретают исключительно телеологический, утилитарный смысл.

В юридиколо-позитивистской традиции существование категорических норм отрицал также Г. Кельзен. Теоретическое «неудобство» категорических норм в данном случае объясняется тем, что допущение их существования противоречит основополагающему, с точки зрения правоведа, принципу юриспруденции — принципу вменения, языковым выражением которого является суждение «При определенном условии должно наступить определенное последствие». Соответственно «если бы... нормы и в самом деле имели категорический характер, то было бы невозможно нормативно истолковать созданную такими нормами социальную ситуацию в суждении, соединяющем два элемента как условие и последствие; тогда принцип вменения был бы неприменим» (Kudryavtsev & Razumovich, 1987–1988:74–75). Здесь опять-таки можно увидеть все ту же обратную логику — категорических норм не существует, *потому что* это противоречит принципу вменения.

2. Отличие норм-принципов как норм высокой степени абстрактности от норм-правил не является качественным, как на том настаивает Р. Алекси, а представляет собой *вопрос степени*. Иными словами, различие между нормами-принципами и нормами-правилами является не абсолютным (наличие либо отсутствие какого-либо признака), а относительным (различие в степени абстрактности). При этом понятие нормы является родовым по отношению к ним обоим. Как подчеркивает немецкий конституционалист Р. Пошер, за пределами круга сторонников теории Р. Алекси данный вопрос получает практически единогласный ответ: различие между принципами и другими нормами имеет не ка-

качественный, а количественный характер, является лишь вопросом степени. Различие между правовыми принципами и другими правовыми нормами является лишь различием по степени потребности в конкретизации и по степени важности для правопорядка (Poscher, 2015:157). О том же пишет и французский конституционалист О. Пфферсманн: различие между конституционными нормами и нормами законодательства не качественное, а количественное и структурное (в частности, отсутствие гипотез в нормах о правах человека, на что было обращено внимание выше). Абстрактность и неопределенность нормативного содержания в разной степени присутствуют и в формулировках других норм, но в конституционных текстах эти свойства выражаются наиболее полно. Однако, подчеркивает О. Пфферсманн (2012:107), «мы по-прежнему имеем дело с нормами».

Утверждение о том, что принцип, в отличие от правила, не описывает конкретную модель поведения, не может быть принято, так как принцип описывает абстрактную модель поведения, и это не качественное различие, а различие степени. Ни одна модель поведения, какой бы конкретной она ни была, не перестает быть моделью, т. е. некоторой абстракцией.

Таким образом, с одной стороны, ошибочно полагать, что в отличие от принципов правила не нуждаются в конкретизации и всегда, как полагает Р. Алекси, могут быть применены путем простой субзмпции: «Практически для всех норм, — отмечает Р. Пошер (2015:157), — можно вообразить ситуации, когда они будут нуждаться в конкретизации; более того, многие нормы содержат в себе абстрактные понятия, которые не могут быть применены путем простой субзмпции». С другой стороны, любой правовой принцип претендует на определенность. Доказательством этого является то, что относительно любого фактического положения дел можно поставить вопрос о его соответствии правовому принципу, притом не только теоретически, но и практически, например, путем обращения с соответствующим иском.

3. Следовательно, правовые принципы, как и нормы-правила, имеют *предоставительно-обязывающий характер*. Так, нормы о правах человека — это нормы, устанавливающие предписания или запреты (возлагающие на соответствующих адресатов активные либо пассивные обязанности). Если бы нормы о правах человека не устанавливали обязанности, права человека невозможно было бы нарушить. Например, большую часть Конвенции о защите прав человека и основных свобод составляют *expressis verbis* запреты и предписания («Никто не должен подвергаться... пыткам...» (ст. 3); «Никто не должен привлекаться к принудительному... труду» (ст. 4); «Пользование правами и свободами... должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации...» (ст. 14) и др.). К такому же выводу приходит и Дж. Финнис (2012:259–260), по мнению которого мы можем, «не сомневаясь, говорить о правах всякий раз, когда какой-либо основной принцип, или основное требование практической разумности или выведенная из него норма дает *A* и всем остальным членам мно-

жества, к которому принадлежит *A*... преимущество положительного или отрицательного требования, предъявляемого к *B* (обязанности, налагаемой на *B*) (включая *inter alia*, любое требование не препятствовать деятельности *A* или пользованию *A* каким-либо другим видом блага)...».

Нормативность прав человека, рассмотренных как правовые принципы, связывается не с их официально-властной установленностью (октроированностью), а с их правовым содержанием. По мнению Р. Пошера, нормативность правовых принципов не содержит в себе никакой загадки: как и в любой норме, «нормативность выражается за счет нормативного оператора, который направлен на оптимизацию некоего объекта (независимо от того, будет ли такой объект нормативным или фактическим)». В этом смысле «основные права являются нормами»: например, основное право на телесную неприкосновенность является предписанием воздержаться от известных действий и в качестве такового представляет собой норму (Poscher, 2015:148).

4. Следовательно, правовые принципы, как и иные нормы права, также требуют их полного соблюдения, и вопрос об их реализации в той или иной степени не может быть поставлен. Принципы, подчеркивает Р. Пошер (2015:138), «так же как и любое другое предписание... могут быть осуществлены полностью и в строгом смысле; в таком осуществлении и заключается требуемая оптимизация». Это готовы признать даже сторонники теории Р. Алекси. Так, Я. Зикман (1990:65) признает, что «здесь остается проблема того, что оптимизирующие предписания... обнаруживают характерные для правил в узком смысле свойства строгого предписания действия, т.е. требование полной осуществимости».

Могут ли быть подвергнуты сравнительному взвешиванию человеческое достоинство, принцип равенства или принцип добросовестности или они все-таки представляют собой абсолютные запреты умалять достоинство человека, устанавливать необоснованные различия в правовом статусе и действовать недобросовестно? Очевидно, что эти принципы не допускают оптимизации, не могут быть реализованы в большей или в меньшей степени, а требуют их строгого соблюдения — при любых фактических и юридических возможностях, иначе они не были бы правовыми принципами. Даже если допустить гипотетическую возможность взвешивания иных правовых принципов, то во всяком случае следует признать, что определение правовых принципов как подлежащих взвешиванию требований оптимизации не является полным научным определением, охватывающим все возможные правовые принципы.

5. Под правовыми возможностями Р. Алекси понимает зависимость реализации юридических принципов от норм и «других принципов» (Alexy, 2011:89). Вместе с тем реализация любой нормы зависит от других норм, что обусловлено системностью права. То же самое можно сказать и о «фактических возможностях». Норма-правило в этом смысле также должна быть «претворена в жизнь» наиболее полным образом в зависимости от фактических и правовых

возможностей. Как подчеркивает К. Гюнтер, «требование применять норму относительно фактических и нормативных (правовых) возможностей, характерных для конкретной ситуации... можно отнести к каждой норме» (Günther, 1988:272).

Таким образом, правовые принципы являются нормативными за счет связанного с ними предписания воздержаться от нарушений основных прав, но никак не за счет связи с неким иным предписанием (Poscher, 2015:148).

Итак, правовые принципы не обнаруживают качественных различий при их сопоставлении с нормами, следовательно, не усматривается оснований для поиска особых нормативных свойств таких предписаний. Исходя из приведенных выше аргументов позиция нормативного дуализма, предполагающая умножение нормативных сущностей, не может быть поддержана, а предложение Р. Пошера (2015:155) при аргументации в ситуациях конкуренции основных прав «пользоваться привычными юридическими методами» заслуживает того, чтобы, по крайней мере, быть принятым во внимание.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Интерпретация правовых принципов как категорических норм, указывающих на существование абсолютных прав, отнюдь не снимает вопроса о методах разрешения их конфликта, вероятность и острота которого в данном случае только возрастают. Собственно, как отмечает А. Троицкая (2015:51), за пределами принципа пропорциональности существуют только две доктринальные модели, позволяющие выводить определенные возможности, входящие в структуру права, из зоны противостояния с другими ценностями. *Первая модель* предписывается так называемым *методом категоризации* Р. Дворкина (Vaupan, 2015b:38) — она предполагает установление пределов основных прав и позволяет делать утверждения о том, что конкуренции прав не существует, так как интерес индивида не охватывается сферой защиты права. *Вторая модель* связана с, условно говоря, *методом абсолютизации* прав — она основана на придании некоторым правам (например, праву на достоинство) значения абсолютных, т. е. не подлежащих ограничению на основе требований принципа пропорциональности, безотносительно к тому, какие цели противостоят данным правам.

Эти две модели А. Троицкая (2015:51–52) характеризует как «крайности»: аргументация в рамках первой модели ведет к отказу в защите притязания как не охватываемого содержанием права, в рамках второй — к максимальной защите абсолютного права, при этом рискуя поставить под удар те интересы, которые могли бы быть признаны достойными защиты в процессе взвешивания. Основные направления разработки методологии судебной аргументации, которая позволила бы в некоторой степени отойти от схемы «взвешивания» с неизбежной для нее релятивизацией правовых принципов и вернуть основным правам их значение «козырных карт» (Р. Дворкин), связываются ею прежде всего с анализом структуры права, в которой можно было бы выделить 1) притязания,

находящиеся за пределами защиты права; 2) притязания, являющиеся частью защищаемого права и могущие быть ограниченными при условии соблюдения принципа пропорциональности; 3) абсолютные притязания, ограничение которых недопустимо (Troitskaya, 2015:63–64). Думаю, что эта интересная идея может быть в дальнейшем развита на основе того понятийного аппарата, который был разработан Л. И. Петражицким и У. Хофельдом для анализа универсальных юридических корреляций, однако это уже тема другой статьи.

Очевидно, однако, что при разработке такой методологии необходимо отталкиваться от нормативной — не телеологической — природы фундаментальных прав, а не трансформировать их в теоретически и политически удобную конструкцию, обслуживающую принцип пропорциональности. В процессе релятивизации правовые принципы, которые воспринимались в качестве категорических и безусловных правил еще в начале XX в., превращаются в «социальные конструкты, образуемые первичным произволом, ограниченным минимумом функциональной значимости» (Chestnov, 2015:22–23). Когда право становится «воском, который тает и меняет свою форму под жарким дыханием “интересов”» (Петражускі, 1897:381), идея верховенства права начинает казаться слишком архаичной.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Alexy, R. (2010a) *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, Oxford University Press.
- Alexy, R. (2010b) Formula vesa [The Weight Formula]. Translated from English by Arkhipov, V. V. *Rossiiskii ezhegodnik teorii prava* [Russian Yearbook of Legal Theory]. (3), 208–228. (in Russian)
Алекси Р. Формула веса / пер. с англ. В.В. Архипова // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 208–228.
- Alexy, R. (2011) *Ponyatie i deistvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu)* [Begriff und Geltung des Rechts]. Translated from German by Laptev, A. N. & Kal'shojer, F. Moscow, Infotropic Media. (in Russian)
Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М. : Инфотропик Медиа, 2011.
- Alexy, R. (2017) O strukture printsipov prava [Zur Struktur der Rechtsprinzipien]. Translated from German by Kornev, V. N. & Sinyavskaya, M. S. *Rossiiskoe pravosudie* [Russian Justice]. (3), 19–34. (in Russian)
Алекси Р. О структуре принципов права / пер. с нем. В.Н. Корнева // Российское правосудие. 2017. № 3 (131). С. 19–34.
- Beatty, D. M. (2004) *The Ultimate Rule of Law*. Oxford, New York, Oxford University Press. Available from: doi:10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001.
- Belov, S. A. (2016) Ratsional'nost' sudebnoi balansirovki konstitutsionnykh tsennostei s pomoshch'yu testa na proporsional'nost' [The Rationality of the Judicial Balancing of Constitutional Values using Test of Proportionality]. *Peterburgskii yurist* [St. Petersburg Lawyer]. (1), 63–75. (in Russian)
Белов С.А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. 2016. № 1. С. 63–75.

- Chestnov, I. L. (2015) Printsipy prava v postklassicheskom izmerenii [The Principles of Law in the Post-classical Measurement]. In: Pashentsev, D. A. & Chernyavskii, A. G. (eds.) *The Principles of Law: Proceedings of the Round Table at the Moscow Institute of State Management and Law*. Moscow, Rusains publ. pp. 4–23. (in Russian)
Честнов И. Л. Принципы права в постклассическом измерении // Принципы права: сборник статей по итогам круглого стола в Московском институте государственного управления и права / под ред. Д.А. Пашенцева, А.Г. Чернявского. М. : Издательство «Русайнс», 2015. С. 4–23.
- Chirninov, A. (2017) Embracing the unembraceable: facts at issue in Russian and American constitutional litigation. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review]. (3), 91–112. Available from: doi: 10.21128/1812-7126-2017-3-91-112. (in Russian)
Чирнинов А. Нельзя объять необъятное: предмет доказывания в конституционном судебном процессе (на примере России и США) // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 3 (118). С. 91–112, doi:10.21128/1812-7126-2017-3-91-112.
- Dworkin, R. (2004) *O pravakh vsерьez* [Taking Rights Seriously]. Translated from English by Lakhuti, M. D. & Makeeva L. B. Moscow, ROSSPEN. (in Russian)
Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. М.Д. Лахути, Л.Б. Макеевой. М. : РОССПЭН, 2004.
- Eisgruber, C. L. & Sager, L. G. (2010) *Religious Freedom and the Constitution*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Finnis, J. (2012) *Estestvennoe pravo i estestvennye prava* [Natural Law and Natural Rights]. Translated from English by Gaidamak, V. P. & Panikhina, A. V. Moscow, IRISEN. (in Russian)
Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. с англ. В.П. Гайдамака, А. В. Панихиной. М. : ИРИСЭН ; Мысль, 2012.
- Finnis, J. (2015) *Pochemu religioznaya svoboda yavlyayetsya osobym, vazhnym i ogranichennym pravom* [Why Religious Liberty is a Special, Important and Limited Right]. Translated from English by Uvarova, E. A. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie]. (6), 133–150. (In Russian)
Финнис Дж. Почему религиозная свобода является особым, важным и ограниченным правом / пер. Е. А. Уваровой // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 6 (323). С. 133–150.
- Gadzhiev, G. A. (2013) *Ontologiya prava: (kriticheskoe issledovanie yuridicheskogo kontsepta deystvitel'nosti)* [Ontology of Law: A Critical Study of the Legal Concept of Reality]. Moscow, Norma, INFRA-M. (in Russian)
Гаджиев Г.А. Онтология права: критическое исследование юридического концепта действительности. М. : Норма, 2013.
- Günther K. (1988) *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1988.
- Habermas J. (1994) *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Aufl. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag.
- Jehring von, R. (1881) *Tsel' v prave* [Zweck im Recht]. Vol. 1. Saint Petersburg, Izdanie N.V. Murav'ova. (in Russian)
Иеринг Р., фон. Цель в праве. Т. 1. СПб. : Издание Н. В. Муравьева, 1881.
- Kelsen, H. (2013) *Kto dolzhen byt' garantom Konstitutsii?* [Wer soll der Hüter der Verfassung sein?]. In: Schmitt, C. Gosudarstvo: Pravo i politika [State: Law and Politics]. Translated from German by Kil'dyushov, O. V. Moscow, “Territoriya budushchego” publ., pp. 359–410. (in Russian)

- Кельзен Г. Кто должен быть гарантом Конституции? // Шмитт К. Государство: Право и политика / пер. с нем. О.В. Кильдюшова. М. : Изд. дом «Территория будущего», 2013. С. 359–410.
- Korkunov, N. M. (2010) *Lektsii po obshchei teorii prava* [Lectures on the General Theory of Law]. Moscow, ROSSPEN. (in Russian)
- Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. М. : РОССПЭН, 2010.
- Kudryavtsev, V. N. & Razumovich, N. N. (eds.) (1987–1988) *Chistoe uchenie o prave Gansa Kel'zena* [H. Kelsen's Pure Theory of Law]. *Collection of translations*. Vol. 1. Moscow, Academy of Sciences of the USSR, INION.
- Чистое учение о праве Ганса Кельзена: к XIII конгрессу Международ. ассоц. правовой и соц. филос., Токио, 1987: сб. пер. / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович; пер. С.В. Лезова, Ю. С. Пивоварова. Вып. 1. М. : АН СССР, ИНИОН, 1987–1988.
- Petrażycki, L. I. (1897) *Bona fides v grazhdanskom prave. Prava dobrosovestnogo vladel'tsa na dokhody s toчек zreniya dogmy i politiki grazhdanskogo prava* [Bona Fides in the Civil Law. The Rights of Bona Fide Owner from the Point of View of Dogma and Policy of Civil Law]. Saint Petersburg, Tipografiya M.M. Stasyulevicha. (in Russian)
- Петражицкий Л.И. Bona fides в гражданском праве. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. СПб. : Тип. М.М. Стасюлевича, 1897.
- Petrażycki, L. I. (2000) *Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriei npravstvennosti* [The Theory of Law and State in connection with the Theory of Morality]. Saint Petersburg, Lan'. (in Russian)
- Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб. : Лань, 2000.
- Pfersmann, O. (2012) *Onomasticheskiy sofizm: izmenyat', a ne poznavat'* (o tolkovanii konstitutsii) [Le sophisme onomastique. A propos de l'interprétation de la constitution]. Translated from French by Antonov, M. V. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie]. (4), 104–132. (in Russian)
- Пферсманн О. Ономастический софизм: изменять, а не познавать (о толковании конституции) / пер. с фр. М.В. Антонова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 104–132.
- Poscher, R. (2015) *Teoriya prizraka — bezrezul'tatnyi poisk teoriei printsipov svoego predmeta* [Theorie eines Phantoms — Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand]. Translated from German by Antonov, M. V. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie]. (5), 134–157. (in Russian)
- Пошер Р. Теория призрака — безрезультатный поиск теорией принципов своего предмета // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 5. С. 134–157.
- Schapp, J. (2006) *Sistema germanskogo grazhdanskogo prava* [Einführung in das Bürgerliche Recht]. Translated from German by Korolev, S. V. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniya. (in Russian)
- Шанн Я. Система германского гражданского права / пер. с нем. С.В. Королева. М. : Международные отношения, 2006.
- Schlag, P. (2010) *Estetiki amerikanskogo prava* [The Aesthetics of American Law]. Translated from English by Samokhina, E.G. *Rossiiskii ezhegodnik teorii prava* [Russian Yearbook of Legal Theory]. (3), 112–180. (in Russian)
- Шлаг П. Эстетики американского права / пер. Е. Самохиной // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 112–180.

- Schmitt, C. (2010) *Novye printsipy dlya pravovoi praktiki* [Neue Leitsätze für die Rechtspraxis]. In: Schmitt, C. *Gosudarstvo i politicheskaya forma* [State and political form]. Translated from German by Kil'dyushov, O. V. Moscow, HSE House publ., pp. 259–262. (in Russian)
Шмитт К. Новые принципы для правовой практики // Шмитт К. Государство и политическая форма / пер. с нем. О.В. Кильдюшова. М. : Изд. дом Гос. ун-та — Высшей школы экономики, 2010. С. 259–262.
- Schmitt, C. (2013) *Garant Konstitutsii* [Der Hüter der Verfassung]. In: Schmitt, C. *Gosudarstvo: Pravo i politika* [State: Law and Politics]. Translated from German by Kil'dyushov, O. V. Moscow, “Territoriya budushchego” publ. pp. 27–220. (in Russian)
Шмитт К. Гарант Конституции // Шмитт К. Государство: Право и политика / пер. с нем. и вступ. ст. О.В. Кильдюшова; сост. В.В. Анашвили, О.В. Кильдюшов. М. : Изд. дом «Территория будущего», 2013. С. 27–220.
- Shershenevich, G. F. (1896) *Opreделение ponyatiya o prave* [Definition of the Concept of Law]. *Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta*. (4), 271–294. (in Russian)
Шершеневич Г.Ф. Определение понятия о праве // Ученые записки Казанского университета. Кн. 4. 1896. С. 271–294.
- Sieckmann J.-R. (1990) *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden, Nomos.
- Stepanov, D. (2017) Ideological neutrality of constitutional design institutions. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review]. (2), 46–70. Available from: doi: 10.21128/1812-7126-2017-3-46-70. (in Russian)
Степанов Д. Идеологическая нейтральность институтов Известия высших учебных заведений. Правоведение конституционного дизайна // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 3 (118). С. 46–70, doi: 10.21128/1812-7126-2017-3-46-70.
- Troitskaya, A. (2015) Limits of Rights and Absolute Rights: Are They beyond Proportionality? Theoretical Questions and the Russian Constitutional Court's Jurisprudence. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review]. (2), 45–69. (in Russian)
Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2 (105). С. 45–69.
- Vaypan, G. (2015a) “To Do a Great Right, Do a Little Wrong”: The Concept of Proportionality in Contemporary International Law. *Mezhdunarodnoe pravosudie* [International Justice]. (2), 66–84. (in Russian)
Вайпан Г. Концепция пропорциональности в современном международном праве: малое зло ради великого блага // Международное правосудие. 2015. № 2 (14). С. 66–84.
- Vaypan, G. (2015b) The Principle of Proportionality and Arguments about Human Right Limitation: From Alexy to Dworkin and Back. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review]. (3), 37–54. (in Russian)
Вайпан Г. Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 3 (106). С. 37–54.
- Zucca, L. (2015) *Pravo versus religiya* [Law v. Religion]. Translated from English by Vovk, D. A. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie]. (6), 173–195. (In Russian)
Цукка Л. Право *versus* религия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 6 (323). С. 173–195.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Тимошина Елена Владимировна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и истории государства и права, Юридический факультет, Санкт-Петербургский государственный университет.

ORCID: 0000-0002-2948-4825

Контактная информация:

e-mail: e.timoshina@spbu.ru

Для цитирования:

Тимошина Е.В. Проблема юстициабельности прав человека в ситуациях их конкуренции и принцип пропорциональности // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 464–485, doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-4-464-485

THE PROBLEM OF JUSTICIABILITY OF HUMAN RIGHTS IN SITUATIONS OF THEIR COMPETITION AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Elena V. Timoshina

Saint Petersburg State University

Faculty of Law

7/9, Universitetskaya nab., Saint Petersburg, Russia, 199034

When discussing justiciability of human rights in a situation of their competition two questions are of fundamental importance. The *first* concerns those factors which are able, at least, complicate justiciability of the situation of fundamental rights competition. The author comes to the conclusion that various ideological patterns and values, relevant experience of which is able to polarize the society (including the judiciary), standing behind the different understanding of human rights are the factor that problematizes justiciability of competing rights and impedes rational, claiming to be generally significant, reasoning of the judgment. That's why crucial *second* — methodological — question associated with the search for adequate tools of constitutional interpretation that would minimize the costs of involvement of the constitutional justice in the sphere of political discourse assumes importance.

Considering the problem of justiciability of human rights and constitutional principles as their normative basis in its methodological aspect, the author concludes that within the framework dictated by the principle of proportionality of logic “weighing” the competing rights their legal nature transforms so that they were convenient for carrying the “weigh in”. According to the author, the logic of “weighing” could lead to a paradox: human rights are important only insofar as subject to restriction — a conclusion that radically changes the focus on the legal nature of fundamental rights. The article presents critical arguments against the position of normative dualism between norms-rules and norms-principles that makes the “weigh” possible. The author proposes to consider the legal principles, from the standpoint of the textual expressions' peculiarities of their normative nature in the constitutional acts, as a categorical (unconditional) norms of the high degree of abstraction, having entitle-binding nature. Rights and duties relevant to legal principles are absolute (unconditional) in the sense that they are not associated with any of the legal facts, but only with the very existence (existentia) of a person.

Discussing possible methodological alternatives to the principle of proportionality, the author comes to the conclusion that the development of this methodology must be started from the normative — not the teleological — nature of the constitutional principles (fundamental rights).

Key words: legal principles; human rights; competition of human rights; principle of proportionality; justiciability; legal interpretation; constitutional justice; legal dogmatics

Acknowledgements: The research was supported by the Russian Foundation for Basic Research (Project N 16-03-50161).

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Elena V. Timoshina, Doctor of Legal Sciences, Theory and History of Law and State Department, Faculty of Law, Saint Petersburg State University.

ORCID: 0000-0002-2948-4825

Contact information:

e-mail: e.timoshina@spbu.ru

For citation:

Timoshina, E. V. (2017) Problema yustitsiabel'nosti prav cheloveka v situatsiyakh ikh konkurentsii i printsip proporsional'nosti [The Problem of Justiciability of Human Rights in Situations of Their Competition and the Principle of Proportionality]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 464–485. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-464-485.