Роль судебной аргументации в эволюции законодательства и правоприменения

ГАДЖИЕВ Ханлар Иршадович, заведующий отделом судебной практики и правоприменения Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук

Россия, 117218, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: khanlar9999@gmail.com

Растущий интерес к правовой аргументации, играющей важную роль в формировании права и развитии юридической практики, связан с трансформацией взглядов относительно задач, которые должен выполнять судья в современном мире. Исторически сформировавшийся подход систематически преобразовывался за счет сближения правовых систем и естественной необходимости использования достижения каждой из них, предполагающей расширение судебного усмотрения и умения распорядиться свободой для современной интерпретации правовых норм за счет обращения к убедительным и наполненным социальным содержанием аргументам. Судья рассматривается не просто как «уста закона», автоматически выводящего решения на основе оценки фактов и установления правовой нормы. Он становится творцом права, определяя значение применяемого правила и обнаруживая новые смыслы интерпретируемой нормы не только на основе анализируемых аргументов, но и контекста конкретного дела в сочетании с особенностями настоящего времени, активно обращаясь к методу сравнительной аргументации. Процесс рассмотрения дел в судах различной юрисдикции сопровождается судебной аргументацией, выявляющей потребности судебной практики и законодательства, направленные на модернизацию национального права.

Ключевые слова: судебная аргументация, интерпретация, правотворчество, определенность, пропорциональность, справедливость, законодательство, право, логика, риторика.

Для цитирования: Гаджиев Х. И. Роль судебной аргументации в эволюции законодательства и правоприменения // Журнал российского права. 2020. № 9. С. 91—105. DOI: 10.12737/jrl.2020.109

В процессе восприятия человеческим сознанием социальных явлений происходит моделирование и формулирование определенных правил, формирование которых совершается под влиянием идей, концепций, принципов, в совокупности определяемых как правовые доктрины. Однако проявление ценности права и его эволюция осуществляются благодаря действию права, когда простые или сложные предписания, объединенные условно в живой организм, действуют, стремясь своевременно реагировать на изменения или, как принято их называть, вызовы времени. Постоянному раз-

витию и совершенствованию права способствует юридическая практика, в которой основная роль принадлежит суду. По меткому замечанию В. В. Лазарева и Д. А. Фурсова, «суд уже не только выступает субъектом толкования закона, правоприменителем или субъектом разрешения конфликтных отношений, он вносит свои инновации, он творец права»¹. Каждая система права вносила свою лепту в развитие судебного права, реагируя своевременно

¹ Лазарев В. В., Фурсов Д. А. Установление содержания права в судебных решениях // Журнал российского права. 2016. № 5. С. 7.

на изменяющийся быстро контекст. Согласимся, что судьи должны были успевать за прогрессом, чему способствовали их укрепляющаяся свобода усмотрения и следовавшая за ним активное участие в судебном правотворчестве. Порой такая позиция судей воспринималась с критикой и их призывали к большей сдержанности, оценивая стремление эволютивного толкования права в качестве судейского активизма.

Эволюция правовой мысли повлияла на значительный сдвиг от анализа общих и абстрактных определений к более частным и конкретным вопросам, сопровождая вектор развития в пользу судебного правотворчества. Объединяющей и движущей силой, как представляется, служила правовая аргументация. Именно она играет решающую роль в процессах обсуждения законодательства, согласований и достижения консенсуса, иных формах разрешения споров. Закономерно, что исследования в сфере правовой аргументации представились знаковой тенденцией в области современной теории права на протяжении последних десятилетий. Существующая связь между концепцией права и верховенством права может быть ярко продемонстрирована в сфере правовой аргументации, поскольку неодинаковые судебные решения отражают противоположные концепции права и законности². Следовательно, различный характер права находит отражение в двойственности природы правовой аргументации, включающей объективно существующие и идеальные (воображаемые) элементы. Применение права не заключается в простой интерпретации авторитетных текстов, представляющих собой реальное установление содержания права. В определенном смысле оно требует практического обоснования и нравственного суж-

дения независимо от того, основаны ли реализуемые принципы правосудия и справедливости на источниках в позитивистском смысле. Верховенство права в таком случае тождественно верховенству разума. Основное значение верховенства права заключается в равной защите достоинства и свободы граждан. Такое понимание является основополагающим требованием для правовой аргументации: правовое обоснование должно повлечь моральное оправдание³. Интересны в связи с этим идеи Харта, отмечавшего дальнейшее значительное совпадение закона и морали для жизнедеятельности общества. Для существования правопорядка необходимо то, что автор считает ограниченной моральной структурой, встроенной в закон: по его мнению, закон должен иметь по крайней мере то, что обозначается как «правовая справедливость», т. е. право должно применяться беспристрастно, должно быть понятным в отношении большинства субъектов для исполнения его предписаний и в целом не иметь обратной силы. Оно также должно предусматривать определенные ограничения на проявление жестокости, защищать собственность и обязательства⁴. Приведенные по Харту минимальные требования для сути права основаны на бесспорных универсальных фактах как для человека, так и всего, что окружает его. Они будут изменяться по мере эволюции человека. В то же время при всех трансформациях необходимость поиска аргументов путем обсуждения и принятия решений на их основе остается актуальной. Как подчеркивает Алан, верховенство права в конечном счете представляет собой управление разумом: это оправдано серьезными дебатами о требованиях справедливости, соответствующим

² См.: Allan T. R. S. Interpretation, Injustice, and Integrity // Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 36. Iss. 1. Spring 2016. P. 63.

³ См.: Klatt M. Legal Argumentation and the Rule of Law. Hague, 2016. P. 31.

⁴ См.: Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 189—195, 202.

образом приспособленных к обстоятельствам дела⁵.

Послевоенная ситуация во второй половине XX в. характеризуется бурным развитием законотворчества, которая в новых исторических условиях отличалась особым вниманием к обеспечению прав человека. Данный процесс сопровождался повышением роли суда, поскольку значительное расширение границ законодательного вмешательства требовало серьезного судебного контроля, в первую очередь конституционного, с чем связано образование органов конституционного правосудия на европейском континенте. С одной стороны, все больше людей вовлекалось в законотворческий процесс, характеризующийся публичностью и открытостью, в котором была задействована и исполнительная власть, т. е. ее структуры активно участвовали в разработке законопроектов, а там, где разрешалось, они активно принимали нормативные акты. Такая активность предполагала наличие сильной и независимой судебной власти, поэтому изложенное развитие сопровождалось расширением судебного контроля — как конституционного, так и обычного. Таким образом, с другой стороны, естественным образом развивалась практическая необходимость в исторически сложившейся арене свободного обсуждения и соревнования аргументов, активно влияющих на эффективность законодательства и правоприменения. Такой ареной, по сути, является суд, где каждый может высказать и защитить свои аргументы, оспорить предложенный законодателем текст, заявить о собственном видении интерпретации нормы, выдвинуть различные гипотезы, презумпции, которые следует или принять, или опровергнуть. Предметом рассмотрения судов стали вопросы, которые недавно считались исклю-

чительно объектом исследования с точки зрения политического урегулирования, а также важные административные решения, способные по своему характеру стать темой обсуждения в парламенте. Возникшие в правоотношениях проблемы становились предметом слушания судов разных уровней, которые приобрели важные полномочия по проверке конституционности и законности нормативных актов. Названные правовые нормы могли быть истолкованы в смысле, отличающемся от официального. Это позволило Р. Дворкину высказать позицию, согласно которой право является понятием, подлежащим интерпретации. Судьи должны решить то, что является правом, интерпретируя практику других судей, ответивших на тот же самый вопрос. Право — прежде всего практика. Оно не исчерпывается никаким каталогом правил или принципов, каждый из них имеет свое господство над каким-то отдельным театром поведения⁶.

Одной из главных причин растущего интереса к правовой аргументации стало изменение взглядов на задачи, которые решают судьи. Нелишне добавить, что по общему признанию законодатель не успевал предвидеть и реагировать на скорость процессов в общественном развитии либо ограничивался общими формулировками. Конкретизация права и ее адекватность к происходящим событиям и контексту, в котором они происходили, требовали от судов тщательного обоснования, что возможно при соответствующей аргументации. Кроме того, исследователи стали более активно искать объединяющие начала двух ведущих правовых систем, отличительные особенности систем общего и континентального права не выставлялись так ярко, как прежде. Речь идет не просто о процессе кон-

⁵ См.: Allan T. R. S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford, 2001. P. 315.

⁶ См.: Dworkin R. *Law's Empire*. London, 1986. P. 410, 413.

вергенции, а об искусстве использования в построении национальной системы преимуществ исторически сложившихся правовых школ. Очевидно, что обновления законодательства с более развитым уровнем судебного правотворчества происходят более ускоренно и естественным образом. Суды отправляют законодателю импульсы на основе естественного отбора, когда фактические обстоятельства конкретных дел и процесс правовой аргументации выявляет те пробелы, недостатки, которые требуют новых законодательных подходов. Такой простой и построенный на обычной логике здравого смысла подход представляется более предпочтительным для стимулирования эффективного обновления законодательства, чем нормотворчество, воздвигнутое исключительно на возникающем из политических дебатов видении потребности в создании правовых новелл. Обоснованно отмечается, что как кодифицированная система права не может развиваться без судебного участия, так и система, созданная судьями, не сможет эволюционировать без участия законодателя⁷. В этом отношении примечательно данное Европейским судом по правам человека разъяснение в деле “Del Rio Prada v. Spain”⁸, где обращается внимание на присутствие общего элемента: в любой правовой системе, в том числе в уголовном праве, как бы ни было четко сформулировано то или иное правовое положение, неизбежно присутствует элемент судебного толкования. Всегда будет существовать необходимость в прояснении сомнительных моментов и адаптации к меняющимся обстоятельствам. Более того, в государствах — участниках Европейской

конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция) прогрессивное развитие уголовного права посредством судебного правотворчества является прочно укоренившейся и необходимой частью правовой традиции.

Судебная аргументация предполагает наличие ясных и точных процессуальных правил, т. е. той формы, которая обеспечивает законные основания для тяжущихся сторон с соблюдением фундаментальных принципов процесса: состязательности и равенства сторон. В знаменитом трактате об аргументации Х. Перельман рассматривает риторику аргументации в качестве метаязыка, т. е. как описание характеристики искусства убеждения и, в частности, условий приведения в движение в аргументации элементарных правил формальной логики и ценностей. Демократические принципы правосудия создают условия для риторики, использующей красоту языка и умение распоряжаться доказательствами, наполняя свои выводы и гипотезы правовыми и фактическими аргументами, предлагая одновременно свой вариант правовой оценки. Риторика служит заявлению аргументов, сила которых может убеждать и в последующем лечь в основу судебного решения. Основанный на аргументации взгляд на право приводит к доктрине определенности и разумности, которые становятся более доступными для понимания. Возвращаясь к идеям Х. Перельмана, важно отметить его описание исходных точек и методов аргументации, используемых в законодательстве, чтобы убедить публику в приемлемости выбора варианта правового решения рассматриваемой проблемы. Автор раскрывает, как судьи используют определенные общепринятые исходные начала при обосновании своих подходов. Примерами таких исходных точек, на его взгляд, являются правовые принципы, в частности справедливость, добросовестность,

⁷ См.: *Sauveplanne J. G. Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislators in Civil and Common Law Systems.* Amsterdam; Oxford; New York, 1982. P. 113.

⁸ См. постановление ЕСПЧ от 21 октября 2013 г. № 42750/09, § 91—93.

свобода и т. д. Такие схемы аргументации, как аналогия и доказывание от противного, позволяют судье добиться общего согласия⁹. В продолжение к риторической модели аргументации указанный автор уделял также большое внимание судебному решению непосредственно, когда судья должен принять решение в процессе применения права и такая ситуация носит длительный характер. Однако подобное положение существует не только в момент применения права, но и во время выбора между альтернативными вариантами действия, с которыми, естественно, сталкиваются не только судьи. Право и аргументация — взаимосвязанные явления, нуждающиеся друг в друге. Очевидно, что сила воздействия права зависит от аргументации. И если на стадии применения права при осуществлении правосудия право проявляется в основном в выражении аргументационного и интерпретационного потенциала, то выработанные в итоге концепции реализуются путем законотворчества. Правопорядок не предшествует, а, скорее, следует за аргументативной деятельностью судей и основан на законодательстве, в создании и развитии которого аргументация сыграла и продолжает играть важную роль. Серьезное отношение к аргументации позволяет понимать систему законов в качестве постоянно находящихся в процессе динамичного развития явлений, воспринимающих любые импульсы, посылаемые правовой практикой.

В теории правовой интерпретации ясно подчеркивается ее аргументативный аспект. Интерпретация, по мнению Н. МакКормика, представляет собой специальную форму практической аргументации в праве, когда приводятся доводы в пользу особого понимания авторитетных текстов или материалов как

особого вида обоснования причины для принятия правовых решений¹⁰. Формулирование текста закона происходит с учетом видения предполагаемых смыслов, извлекаемых значений, гипотез, убедительности которых опирается на аргументы, которые законодатель черпает из судебной практики, особенно высших судов: конституционных и верховных. Изложенное важно с учетом богатого опыта Конституционного Суда РФ, который все больше при рассмотрении дел определяет конституционность судебной практики, которую В. Д. Зорькин четко обозначил как более тонкую настройку правовой системы — корректировку правоприменения¹¹. Интересно также, что в конституционном правовом порядке Италии доктрина «интерпретация в соответствии с конституцией» распространяется одновременно на суды обычной юрисдикции. В соответствии с указанной доктриной суды должны пытаться давать согласованное с конституцией толкование, даже выходящее за рамки текста правовой нормы, если это необходимо (в противном случае конституционный запрос отклоняется Конституционным судом Италии по процедурным основаниям). В результате этих факторов и в более широком смысле — как следствие эволюции правовой культуры, особенно касательно судебной системы, в настоящее время существует близкая связь между Конституционным судом и обычными судами в том, что касается конституционного толкования¹². Думается, изложенный подход повышает ответственность судей при аргумен-

¹⁰ См.: McCormick N. Argumentation and Interpretation in Law // Ratio Juris. Vol. 6. Iss. 1. March 1993. P. 467.

¹¹ См.: Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика. М., 2017. С. 29.

¹² См.: Groppe T., Spigno I. Constitutional reasoning in the Italian Constitutional Court. Cambridge, 2014. P. 11.

⁹ См.: Perelman Ch. Logique juridique. Nouvelle rhétorique. Dalloz; Paris, 1976. P. 193.

тации правовых подходов и в итоге растет одновременно уровень как решений, так и тех людей, которые непосредственно осуществляют правосудие, будучи непрерывно задействованными в процессе конституционного осмысления норм. Такое взаимодействие в рамках одной судебной системы позитивно влияет и на законотворческий процесс. Законодатель использует для построения собственных презумпций материалы судебной практики, в которой основанием выводимых смыслов, порой демонстрирующих недостатки или пробелы в праве, послужила судебная аргументация. Именно обращение к ней способствует поддержанию баланса интересов в достижении искомой цели. Модель принятой в судебной практике интерпретации той или иной нормы и полученный в конечном счете общепринятый смысл способствует развитию законодательства.

Судебная аргументация служит вынесению не просто законного, обоснованного и справедливого решения, но и вердикта, который отличается ясностью и убедительностью. Он должен быть понятным как сторонам процесса, так и публике, которая оценивает по нему, свершилось ли правосудие. Аргументация отражает облик правосудия в стране и показывает мировоззрение судьи, уровень его правового понимания и видения общего социального контекста. В деле «Татишвили против России»¹³ ЕСПЧ отметил, что в решениях судов должны надлежащим образом содержаться доводы, на которых они основаны. Пункт 1 ст. 6 Конвенции обязывает суды приводить обоснования своих решений, но его нельзя понимать как требование подробного ответа на каждый довод. Степень, в которой применяется обязанность приводить обоснования, может различаться в зависимости от характера

решения. Даже если национальный суд имеет определенную степень свободы усмотрения при выборе доводов в рассматриваемом деле и принятии доказательств в поддержку доводов сторон, орган государственной власти обязан оправдать свои действия, приводя основания для своего решения.

Правовые принципы нередко играют ключевую роль в судебной аргументации. К тесту пропорциональности обращаются в качестве основного средства определения того, являются ли нарушения, например прав человека, оправданными. Пропорциональность служит важным инструментом при оценке обоснованности действий государственных органов и оправданности принятых ими мер в отношении граждан. В этих случаях тест на соразмерность используется как элемент правовой аргументации для обоснования принимаемого решения. В правовой литературе отмечалось различие между нормативной проблемой обоснования и эмпирической задачей установления причин возникновения или достижения юридического решения¹⁴. При этом обоснование решения рассматривается как аргументативное упражнение, а его достижение является умственной деятельностью. Названные виды деятельности тесно взаимосвязаны, хотя теория аргументации фокусируется на проблеме обоснования. В свою очередь, принцип обоснованности как правовой принцип принимает форму теста пропорциональности. Такой вывод следует из дела, рассмотренного Судом ЕС, относительно задержания лиц, не являющихся гражданами ЕС, за незаконное пребывание и отказ подчиниться решению о возвращении¹⁵.

¹⁴ См.: *Wasserstrom R. A. The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford University Press, 1961. P. 25—31.

¹⁵ *Case C-61/11.PPU El Dridi (2011) ECR I-3015*.

¹³ См. постановление ЕСПЧ от 22 февраля 2007 г. № 1509/02, § 58.

Апелляционный суд Тренто (Италия) обратился к преюдициальной процедуре Суда ЕС, спросив о том, нарушило ли не являющееся гражданином ЕС лицо, задержанное за незаконное пребывание, за что возможно назначение ему наказания в виде лишения свободы до четырех лет, принципы адекватности, пропорциональности и обоснованности меры наказания, предусмотренной в ст. 15 и 16 Директивы 115/2008¹⁶. Суд сослался на важность соблюдения при аргументации прав человека и особенно уважения достоинства и физического состояния, причем действия должны быть пропорциональны между используемыми средствами и преследуемыми целями. Основное внимание Суд ЕС уделил вопросу согласованности норм национальной правовой системы и положений ЕС. Защита принципа обоснованности и, как следствие, достоинства человека — результат непрямого воздействия аргументации Суда. Государствам же не следует применять правила, включая нормы уголовного права, которые могут поставить под угрозу достижение целей, преследуемых Директивой, лишив ее эффективности. Таким образом, ключевой элемент в данной аргументации — человеческое достоинство, которое защищается положениями Директивы и принципом соразмерности.

Судебная практика способна наиболее эффективно и, главное, своевременно реагировать на социальные изменения и потребности в создании или совершенствовании существующих правовых концепций, необходимых для законотворческой деятельности законодательного органа. Судьи, выслушивая излагаемые сторонами в процессе су-

дебного разбирательства устные и рассматривая письменные аргументы, стремятся наиболее полно и точно реализовывать их в аргументации судебного решения. По мере продвижения дела по судебным инстанциям независимо от направленности итогового решения аргументация может лишь усиливаться. Весь цикл судебной аргументации свидетельствует о функциональности правовой системы, одной из главных достигаемых целей которой является обеспечение справедливости. Правовая аргументация выявляет недостатки процессуального законодательства, если существующие процедуры не гарантируют адекватные условия для представления и исследования аргументов. В то же время важно, чтобы законодатель путем своевременного реагирования на существующие проблемы содействовал развитию демократических принципов судопроизводства.

Поскольку право оказывает существенное влияние на жизнь людей, социальные факторы и нравственные ценности должны определять направление эволюции права. Правовая аргументация разделяет эти исключительные особенности, исходя из необходимости восприятия вопросов правосудия в человеческом контексте. Судьи имеют постоянный и непосредственный доступ к ситуациям, в которых оказываются люди, сталкиваясь систематически с проблемами современной жизни. Это то, от чего отталкивается контекстуальность решений. Умение видения контекста и оправдания разумных ожиданий, поддерживая эволютивный подход к применению права, выдвигает особые требования к людям, осуществляющим правосудие. Отмечая важность учета в своих решениях исторически меняющегося социального контекста действия права (именно с этим обстоятельством связывают понятие «живая Конституция»), В. Д. Зорькин подчеркивает, что в основе решений Конституционного Суда должно

¹⁶ См. Директиву 2008/115/ЕС Европарламента и Совета об общих стандартах и процедурах в государствах-членах о возвращении незаконно пребывающих граждан третьих стран (16 декабря 2008 г.).

быть каждый раз одно и то же представление о том, что есть право вообще, т. е. представление о сущности права, основанное на определенной концепции правопонимания. В противном случае в деятельности суда будет нарушен принцип правовой определенности, соблюдение которого является условием обеспечения фундаментального правового принципа формального равенства¹⁷. В постановлении КС РФ от 21 декабря 2011 г. № 30-П по делу о проверке конституционности положений ст. 90 УПК РФ подчеркнуто, что конституционные принципы равноправия, равенства всех перед законом и судом, а также развивающие их принципы состязательности и равноправия сторон в судопроизводстве предполагают такое построение судопроизводства, при котором функция суда по разрешению дела отделена от функций спорящих перед судом сторон. В качестве аргументации Суд использует известное правило: исключение возможного конфликта судебных актов предполагает, что факты, установленные при рассмотрении одного дела, впредь до их опровержения принимаются другим судом по другому делу в этом же или ином виде судопроизводства, если они имеют значение для разрешения данного дела. Тем самым преюдициальность служит средством поддержания непротиворечивости судебных актов и обеспечивает действие принципа правовой определенности. В указанном постановлении Конституционный Суд приходит к важному выводу о том, что признание за вступившим в законную силу судебным актом, принятым в порядке гражданского судопроизводства, преюдициального значения при рассмотрении уголовного дела не может препятствовать правильному и своевременному осуществлению правосудия по уголовным делам исходя из требований Конституции РФ, в том числе

принципа презумпции невиновности лица, обвиняемого в совершении преступления, которая может быть опровергнута только посредством процедур, предусмотренных уголовно-процессуальным законом, и только в рамках уголовного судопроизводства (ст. 49, ч. 2 ст. 118 Конституции РФ). Как следует из вышеназванного постановления, Конституционный Суд разъясняет по существу, что влияние правовой аргументации отражается в выявлении конституционно-правовых смыслов нормы, исключающих любое иное истолкование и применение.

В современном международно-правовом контексте суды разных юрисдикций взаимодействуют друг с другом, соизмеряя национальные правовые подходы как с международным подходом, так и отношением к аналогичным проблемам судов других стран. Такое международное судебное общение не могло не сказаться на усилении судебной аргументации за счет заимствований и использования в национальной судебной практике лучших образцов правовой аргументации, которые вдохновляют судей в их стремлении обогатить отечественное право и правоприменение. Этот процесс можно было бы обозначить как сравнительную аргументацию, основанную на коммуникации горизонтального, вертикального и смешанного характера. Вертикальная связь вызвана определенными обязательствами на основе международных договоров, например Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, предполагающих обязательное взаимодействие ЕСПЧ и национальных органов, в первую очередь судов. Она также зиждется на доброй воле государств — участников Конвенции. Горизонтальная связь касается вдохновения, которое получает национальный судебный орган от взаимодействия с национальными судами. При смешанной связи принятые международным

¹⁷ См.: Зорькин В. Д. Указ. соч. С. 101.

судом концепции или доктрины развиваются судебной практикой государств, которые принимают и разделяют их подходы в национальном правопорядке¹⁸.

Жизнедеятельность различных правовых систем поддерживается благодаря укреплению связей между ними посредством передачи идей от системы, созданной на основе одной правовой школы, к другой или от международного судебного органа к национальному. Такая форма взаимодействия служит взаимообогащению для решения конкретной правовой проблемы, и ее также называют взаимным обогащением (*cross-fertilization*), выполняющим исключительную роль в совершенствовании правовой аргументации, развитии правоприменения и законодательства, способствуя модернизации и эволюции национального права. Восприятие модели аргументации не требует указания источника, т. е. решения международного суда или суда иностранного государства. Главное заключается в общем устремлении к обогащению права, особенно когда рассматриваемый вопрос непосредственно связан с защитой прав и свобод человека. В то же время указание источника может придать большую убедительность аргументации. Европейский суд по правам человека в своих решениях использует для усиления аргументации различные источники, среди которых решения других международных судов и органов, чаще всего Суда ЕС, Международной комиссии по правам человека, Европейской комиссии за демократию через право Совета Европы (Венецианской комиссии) и т. п. Они не обязательно используются в качестве решающих аргументов, но позволяют судье соизмерять свои подходы с ними. Для судов обычной юрисдикции открыты мно-

гие правовые источники. Причем их использование в большинстве случаев не имеет обязательного характера. Исключение составляют решения ЕСПЧ, которые отличаются, во-первых, обязательствами страны по Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, во-вторых, своей доступностью, нередко затрагивая противоречивые проблемы, связанные с социальным и нравственным измерением. Порой по одним и тем же вопросам происходят бурные дебаты одновременно во многих государствах и существует потребность в знании об общеевропейском подходе, тенденциях, понятиях. В государствах все больше чувствуется необходимость в сравнительной правовой аргументации. Во-первых, судьи часто находятся в поиске интересных концепций, нежели решений, чем объясняется нужда в изучении общих доктрин, которые образуют ключ к имплементации Конвенции. Во-вторых, сравнительная аргументация в подходах национальных судов приобретает особую направленность, судьи руководствуются зарубежными правовыми источниками на основе правовых традиций и авторитета органа, вынесшего решение. Более того, основные мотивы для ссылок на эти источники могут быть обнаружены в судебной аргументации конкретного дела, касающегося прав человека. Наконец, использование сравнительного права зависит от методологических возможностей и ограничений, присущих правовой аргументации. Конституционный Суд РФ нередко в рассмотрении дел обращается к методу сравнительной аргументации. В постановлении КС РФ от 17 июля 2019 г. № 28-П по делу о проверке конституционности ст. 50 и 52 УПК РФ подчеркивается, что в силу публично-правовой природы оказания юридической помощи подозреваемому, обвиняемому его право на выбор конкретного защитника или отказ от его услуг может быть ограничено в интересах право-

¹⁸ См.: *Slaughter A. M. A Typology of Transjudicial Communication // University of Richmond Law Review. 1944. Vol. 29. P. 103—111.*

судия в целях обеспечения быстрой, справедливой и эффективной судебной защиты прав и законных интересов не только этого, но и других подозреваемых, обвиняемых, участвующих в деле, а равно потерпевших от преступления лиц. Основаниями для такого ограничения могут быть, в частности, отказ или неспособность подозреваемого, обвиняемого защищать себя лично, ненадлежащая защита его интересов, наличие поводов для отвода избранного защитника, его длительная неявка и иные обстоятельства. В целях поддержания аргументации разумности ограничений Конституционный Суд сослался на аналогичные позиции ЕСПЧ, оценивая соблюдение подп. “с” п. 3 ст. 6 Конвенции, указав, что обвиняемый должен иметь возможность обратиться за правовой помощью по своему выбору. Однако, несмотря на значение доверительных отношений между адвокатом и его клиентом, данное право может при необходимости определенным образом ограничиваться в случаях оказания бесплатной юридической помощи, если интересы правосудия требуют, чтобы обвиняемый был представлен адвокатом, назначенным судом. Внутригосударственные органы власти должны учитывать желание подзащитного в части его выбора представителя, но они могут пренебречь этим желанием, если существуют относимые и достаточные основания для этого, которые продиктованы интересами правосудия. Там, где подобные основания отсутствуют, ограничения в свободном выборе адвоката могут повлечь нарушение п. 1 ст. 6 Конвенции наряду с подп. “с” п. 3 той же статьи, если это отрицательно сказалось на защите обвиняемого с учетом разбирательства в целом¹⁹.

¹⁹ См., например, постановления ЕСПЧ от 25 сентября 1992 г. по делу «Круассан (Croissant) против Германии», от 20 января 2005 г. по делу «Майзит (Mayzit) против России», от 30 мая 2013 г. по делу «Мар-

Заметим, что толкование Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в гармонии с положениями других международных договоров по правам человека (со ссылкой на подготовительные материалы — «travaux préparatoires» в качестве дополнительного средства интерпретации в соответствии со ст. 32 Венской конвенции о праве международных договоров) еще больше способствует легитимности решений ЕСПЧ. В деле “Varnava and Others v. Turkey”²⁰ при аргументации процессуальных гарантий, возникающих во время расследования дел об исчезновении людей, Суд следовал подходу Межамериканского суда по правам человека в делах “Blake v. Guatemala” (постановление от 24 января 1998 г.) и “Heliodoro Portugal v. Panama” (постановление от 12 августа 2008 г.).

Подчеркнем, что возможность судов использовать аргументы, основанные на общеевропейском консенсусе, влияют на индивидуальные подходы судей в их оценках фактических обстоятельств дела. Вместе с тем в любой ситуации судья должен соизмерить критерии, особенно касающиеся вопросов морали, на предмет их соответствия устоявшимся в данном конкретном обществе ценностям, а также принципам справедливости. Поэтому убеждение и уверенность в консенсусе необходимы, и желательно, чтобы судья опирался не на решение единственного иностранного источника, а на проверенный подход надежного источника, например решение ЕСПЧ. Изложенное подтверждает еще раз важность исследования методологических возможностей и пределов использования сравнительного метода в судебной аргументации по делам о

тин (Martin) против Эстонии», от 20 октября 2015 г. по делу «Дворский (Dvorski) против Хорватии».

²⁰ См. постановление ЕСПЧ от 18 сентября 2009 г. № 16064/90, 16065/90 и др., § 93—98.

правах человека. Думается, что актуальной остается доктрина эволютивной интерпретации в деятельности Европейского суда, которая иногда в национальных правовых порядках применяется как доктрина живой конституции. Судьи в поисках прогрессивных аргументов, определяющих изменения стандартов и мнений в обществе, обращаются к существующим взглядам, отражающим в том числе произошедшие сдвиги, задумываясь порой, следует ли им вообще этим заниматься. Ведь современная, иногда опережающая время интерпретация требует глубокого междисциплинарного анализа, поиска доказательств для убедительной и основательной аргументации. В значительной степени европейская доктрина консенсуса делает аргументацию Суда, включая, на наш взгляд, и сами решения, более доказуемыми и предсказуемыми, обеспечивая тем самым искомый баланс между правовой определенностью и возможностью правильного правового выбора. Обоснованно утверждается, что «европейский консенсус действует на грани предела усмотрения и эволютивной интерпретации: оба эти фактора необходимы для поддержания Страсбургской системы защиты прав человека»²¹. Суд применяет доктрину консенсуса к широкому кругу прав. Важно заметить, что обращение к доктрине живого инструмента при толковании Конвенции помогает при правовой аргументации отстаивать индивидуальные права как практические и эффективные, а не теоретические и иллюзорные.

Рассматривая факторы, которые поддерживают выводы ЕСПЧ по эволютивному толкованию, следует указать одновременно и на об-

стоятельства, влияющие непосредственно на аргументацию и приводящие к судебной сдержанности в интерпретации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. На выбор метода аргументации влияли как потребность в необходимых изменениях в договаривающихся государствах, так и отсутствие единства в оценках для расширения Конвенции за счет новых прав. Большинство судей исходили при аргументации общей позиции, согласно которой существующее состояние призывает скорее к игнорированию, нежели следованию доктрине эволютивности интерпретации. В деле “*Vo v. France*”²² Суду следовало определить время начала жизни в целях ст. 2 Конвенции (право на жизнь). Суд подчеркнул, что вопрос о том, каким образом исчислять начало жизни, находится в пределах усмотрения государств, несмотря на отношение к Конвенции как к живому инструменту. В основе аргументации вывода Суда об отсутствии нарушения является то, что проблема защиты эмбриона с точки зрения исчисления начала жизни не имеет единого определения в большинстве государств, включая Францию, где этот вопрос остается предметом обсуждения. Следовательно, отсутствует европейский консенсус по научному и правовому определению начала жизни. Указанная проблема была рассмотрена вновь в деле “*A, B and C v. Ireland*”²³, касающемся ограничительного режима в отношении аборт в Ирландии. Суд подтвердил, что ввиду отсутствия консенсуса среди государств относительно исчисления времени, когда жизнь начинается, он не в состоянии дать ответ на данный вопрос. Таким образом, использование доктрины консенсуса основано на сравнительном праве и чаще всего применяется

²¹ Dzehtsiarou K., O'Mahony C. *Evolutionary Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and U. S. Supreme Court* // *Columbia Human Rights Law Review*. 2013. Vol. 44 (2). P. 309. P. 8.

²² См. постановление ЕСПЧ от 8 июля 2004 г. № 53924/00, § 83—86.

²³ См. постановление ЕСПЧ от 16 декабря 2010 г. № 25579/05, § 237.

в так называемых сложных делах, когда аргументация нуждается в дополнительных обоснованиях. В этих случаях определение консенсуса между юрисдикциями в международном контексте исключительно плодотворно для судов с целью построения разумной и обоснованной судебной аргументации.

Судебная аргументация служит раскрытию огромного потенциала права, которая происходит благодаря реализации судебных функций. Она способствует активному действию права, показывая жизненность правовых концепций, развивая процесс правотворчества, опирающегося на разумные аргументы. Главным фактором развития судебной аргументации выступает интегративное отношение к праву, благотворно влияющее на динамичное развитие законодательства. Конституционный Суд РФ в постановлении от 22 июня 2017 г. № 16-П по делу о проверке конституционности положения п. 1 ст. 302 ГК РФ подчеркнул, что при регулировании гражданско-правовых отношений между собственником выморочного имущества и его добросовестным приобретателем справедливым было бы переложение неблагоприятных последствий в виде утраты такого имущества на публично-правовое образование, которое могло и должно было предпринимать меры по его установлению и надлежащему оформлению своего права. В правовом демократическом государстве, каковым является Российская Федерация, пренебрежение требованиями разумности и осмотрительности при контроле над выморочным имуществом со стороны собственника — публично-правового образования в лице компетентных органов не должно влиять на имущественные и неимущественные права граждан, в частности добросовестных приобретателей жилых помещений. Конституционный Суд указал, что п. 1 ст. 302 ГК РФ как по своему смыслу, так и по смыслу, придаваемому ему

правоприменительной практикой, не учитывает возможность ненадлежащего исполнения органами публично-правового образования своих обязанностей, совершения ошибок. Применительно к жилым помещениям защита имущественных интересов публично-правового образования за счет ущемления интересов добросовестного приобретателя — гражданина, который возмездно приобрел соответствующее жилое помещение, в подобной ситуации недопустима, тем более что публичный интерес в предоставлении жилого помещения по договору социального найма лицам, нуждающимся в улучшении жилищных условий, может быть удовлетворен за счет иного жилого помещения. В качестве усиливающего аргументацию Конституционного Суда фактора в постановлении обоснованно отмечается, что такой подход согласуется с позицией ЕСПЧ, по мнению которого, если речь идет об общем интересе, публичным властям надлежит действовать своевременно, надлежащим образом и максимально последовательно; ошибки или просчеты государственных органов должны служить выгоде заинтересованных лиц, особенно при отсутствии иных конфликтующих интересов; риск любой ошибки, допущенной государственным органом, должно нести государство, и ошибки не должны устраняться за счет заинтересованного лица²⁴. Данная позиция была положена в основу разрешения Европейским судом дел, связанных с истребованием у граждан жилых помещений, поступивших в собственность публично-правовых образований как выморочное имущество²⁵. Конституционный Суд,

²⁴ См. постановления ЕСПЧ от 5 января 2000 г. по делу «Бейлер (Beyeler) против Италии» и от 6 декабря 2011 г. по делу «Гладищева (Gladysheva) против России».

²⁵ См. постановления ЕСПЧ от 13 сентября 2016 г. по делу «Кириллова против России», от 17 ноября 2016 г. по делу «Аленцева

сославшись на позицию ЕСПЧ, подчеркнул также, что истребование жилого помещения по иску публично-правового образования влечет непропорциональное вмешательство в осуществление права собственности на жилище. Во исполнение постановления КС РФ, отметившего необходимость дополнения ст. 302 Жилищного кодекса пунктом 4, был принят Федеральный закон от 16 декабря 2019 г. № 430-ФЗ, которым названная статья была расширена. В пункте 4 ст. 302 ЖК РФ предусматривается, что «суд отказывает в удовлетворении требования субъекта гражданского права, указанного в пункте 1 статьи 124 настоящего Кодекса, об истребовании жилого помещения у добросовестного приобретателя, не являющегося таким субъектом гражданского права, во всех случаях, если после выбытия жилого помещения из владения истца истекло три года со дня внесения в государственный реестр записи о праве собственности первого добросовестного приобретателя жилого помещения. При этом бремя доказывания обстоятельств, свидетельствующих о недобросовестности приобретателя, или обстоятельств выбытия жилого помещения из владения истца несет субъект гражданского права, указанный в пункте 1 статьи 124 настоящего Кодекса». Данный пример демонстрирует реальный процесс движения права, задействовавший на своем пути весь цикл судебных и законотворческих функций, которые заряжаются и направляются энергией судебной аргументации.

Анализ рассматриваемых в судебной практике юридических аргументов служит ценным материалом, демонстрирующим эволюцию применения правовых концепций, идей, воплощенных путем интерпретации правовых норм и осуществления правотворческих функ-

ций в судебные доктрины, которые эффективно воздействуют на развитие законодательства и правоприменения. Главными свойствами судебной аргументации являются ее способность позитивно влиять на уровень судебных процессов и качество судебных решений, выявление пробелов и недостатков в правовом регулировании, повышая уровень осуществления правосудия посредством своевременного реагирования на изменения социальных условий и стремление к модернизации права путем систематического обновления законодательства. «В современных условиях, — как отмечает Т. Я. Хабриева, — формируется новое миропонимание, более многомерное, чем в предшествующие периоды истории. Кроме того, становление нового типа научной рациональности (постнеклассической науки) создает предпосылки для выявления процессов циклизации в праве и циклических правовых массивов, доктринального осмысления их природы и механизмов образования, закономерностей развития и функционирования, а также влияния на общественные отношения, право, его систему и структуру, правоприменительную практику и др.»²⁶. Движение права по пути обогащения теории права, образования правовых доктрин и их реализации в судебной практике представляет собой цикл, в котором особая роль принадлежит правовой аргументации. В различных исследованиях изучаются разные ее аспекты: философский, теоретический, рациональной реконструкции, эмпирический и практический. Подчеркивая важность каждого из перечисленных компонентов, заметим, что наиболее рационально они задействованы в судебной аргументации, влияя на эффективность правоприменения.

против России» и от 2 мая 2017 г. по делу «Клименко против России».

²⁶ Хабриева Т. Я. Циклические нормативные массивы в праве // Журнал российского права. 2019. № 12. С. 13.

Библиографический список

- Allan T. R. S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford, 2001.
- Allan T. R. S. *Interpretation, Injustice, and Integrity* // *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 36. Iss. 1. Spring 2016.
- Dworkin R. *Law's Empire*. London, 1986.
- Dzehtsiarou K., O'Mahony C. *Evolutionary Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and U. S. Supreme Court* // *Columbia Humans Rights Law Review*. 2013. Vol. 44 (2). R. 309.
- Groppi T., Spigno I. *Constitutional reasoning in the Italian Constitutional Court*. Cambridge, 2014.
- Hart H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, 1961.
- Klatt M. *Legal Argumentation and the Rule of Law*. Hague, 2016.
- McCormick N. *Argumentation and Interpretation in Law* // *Ratio Juris*. Vol. 6. Iss. 1. March 1993.
- Perelman Ch. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Dalloz; Paris, 1976.
- Sauveplanne J. G. *Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislators in Civil and Common Law Systems*. Amsterdam; Oxford; New York, 1982.
- Slaughter A. M. *A Typology of Transjudicial Communication* // *University of Richmond Law Review*. 1944. Vol. 29.
- Wasserstrom R. A. *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford University Press, 1961.
- Зорькин В. Д. *Конституционный Суд России: доктрина и практика*. М., 2017.
- Лазарев В. В., Фурсов Д. А. *Установление содержания права в судебных решениях* // *Журнал российского права*. 2016. № 5.
- Хабриева Т. Я. *Циклические нормативные массивы в праве* // *Журнал российского права*. 2019. № 12.

The Role of Judicial Argumentation in the Evolution of Legislation and Law Enforcement

Kh. I. Hajiyev

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation,
Moscow 117218, Russian Federation
E-mail: khanlar9999@gmail.com

DOI: 10.12737/jrl.2020.109

The growing interest in legal argumentation, which plays an important role in the formation of law and the development of legal practice, is associated with the transformation of views on the tasks that a judge should perform in the modern world. The historically formed approach has been systematically transformed by the convergence of legal systems and the natural need to use the achievements of each of them, which implies the expansion of judicial discretion and the ability to use the freedom for the up-to-date interpretation of legal norms by appealing to convincing and socially meaningful arguments. The judge is considered not just as the “mouth of the law”, which automatically deduces decisions based on the assessment of facts and the establishment of a legal norm. He/she becomes the creator of law, determining the meaning of the applied rule and discovering new meanings of the interpreted norm not just on the basis of the analyzed arguments, but also on the context of a particular case in combination with the peculiarities of the time in which he/she lives, actively referring to the method of comparative argumentation. The process of reviewing cases in courts of various jurisdictions is accompanied by judicial argumentation that identifies the needs of judicial practice and legislation aimed at modernizing national law.

Keywords: judicial argumentation, interpretation, law-making, certainty, proportionality, justice, legislation, law, logic, rhetoric.

For citation: Hajiyev Kh. I. *The Role of Judicial Argumentation in the Evolution of Legislation and Law Enforcement*. *Zhurnal rossijskogo prava* = *Journal of Russian Law*, 2020, no. 9, pp. 91—105. DOI: 10.12737/jrl.2020.109 (In Russ.)

References

- Allan T. R. S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford, 2001.
- Allan T. R. S. Interpretation, Injustice, and Integrity. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 36, iss. 1, Spring 2016, pp. 58—82.
- Dworkin R. *Law's Empire*. London, 1986.
- Dzehtsiarou K., O'Mahony C. Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and U. S. Supreme Court. *Columbia Humans Rights Law Review*, 2013, vol. 44 (2).
- Groppi T., Spigno I. *Constitutional reasoning in the Italian Constitutional Court*. Cambridge, 2014.
- Hart H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, 1961.
- Khabrieva T. Y. Cyclic Normative Arrays in Law. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2019, no. 12, pp. 5—18. DOI: 10.12737/jrl.2019.12.1 (In Russ.)
- Klatt M. *Legal Argumentation and the Rule of Law*. Hague, 2016.
- Lazarev V. V., Fursov D. A. Establishing Nature of Law in Judicial Decisions. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2016, no. 5, pp. 5—19. DOI: 10.12737/19086 (In Russ.)
- McCormick N. Argumentation and Interpretation in Law. *Ratio Juris*, vol. 6, iss. 1, March 1993, pp. 467—480.
- Perelman Ch. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Dalloz; Paris, 1976.
- Sauveplanne J. G. *Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislators in Civil and Common Law Systems*. Amsterdam; Oxford; New York, 1982.
- Slaughter A. M. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, 1944, vol. 29, pp. 99—137.
- Wasserstrom R. A. *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford University Press, 1961, pp. 1578—1582.
- Zor'kin V. D. *Constitutional Court of the Russian Federation: Doctrine and Practice*. Moscow, 2017. (In Russ.)
-
-