Санкт-Петербургский государственный университет

**СОШНИКОВА Дарья Александровна**

**Выпускная квалификационная работа**

**Реалистический стиль судебной аргументации в практике Европейского Суда по правам человека**

Уровень образования: магистратура

Направление 40.04.01. Юриспруденция

Основная образовательная программа ВМ.5841.2019 «Юрист в сфере нормотворческой деятельности»

Научный руководитель:

профессор кафедры теории и истории государства и права СПбГУ, доктор юридических наук Тимошина Елена Владимировна

Рецензент:

ведущий консультант Управления конституционных основ публичного права Конституционного суда Российской Федерации Кондуров Вячеслав Евгеньевич

Санкт-Петербург

2021 год

**Содержание**

**Введение** 3

**Глава 1. Реализм как стиль судебной интерпретации** 15

**§ 1. Умеренный реалистический стиль** 16

*Ограниченность когнитивной функции толкования* 16

*Текстуальное замещающее толкование* 18

*Связанность судьи семантикой нормативного текста* 20

**§ 2. Радикальный реалистический стиль** 21

*Волюнтаризм как функция толкования* 22

*Креативное толкование* 23

*Теория юридических сдержек* 28

**Выводы** 31

**Глава 2. Аргументативный подход к анализу реалистического стиля** 33

**§ 1. Прагма-диалектический подход к юридической аргументации** 34

*Эволюция направлений юридической аргументации* 34

*Аргументы, аргументативные схемы и интерпретативные аргументы* 39

**§ 2. Соотношение аргументов с реалистическим стилем судебной интерпретации в практике ЕСПЧ** 43

**Выводы** 53

**Глава 3. Реализм в аргументации Европейского суда по правам человека** 56

**§ 1. Особенности реалистического стиля Европейского Суда по правам человека** 57

*Определение границ полномочий Суда: экстерриториальное применение Конвенции* 57

*Выход за пределы нормативно установленных полномочий: эволютивное толкование* 59

*Использование специфических аргументов: принцип пропорциональности* 62

*Отступление от предшествующих правовых позиций* 65

**§ 2. Юридические сдержки в практике Европейского Суда по правам человека** 68

**Выводы** 73

**Заключение** 76

**Библиографический список** 78

**Приложение А** 88

# Введение

**Актуальность темы исследования.** В теории и философии права в течение долгого времени разрабатывались различные интерпретативные концепции, представленные в трудах Г. Кельзена, Г. Харта, Р. Дворкина, К. Ллевеллина, А. Росса, Р. Алекси, М. Тропера и др., на основе изучения которых были сформулированы признаки, характерные для двух основных подходов к толкованию – формалистского и реалистического стилей судебной интерпретации (судебной аргументации), главное различие между которыми состоит в степени связанности судьи объектом толкования (правовым текстом)[[1]](#footnote-1).

Сложившийся исторически первым формалистcкий подход к судебной интерпретации отражает классическое понимание толкования как процесса познания смысла, заложенного в правовой текст, который обладает единственным определяемым значением[[2]](#footnote-2). В основе данного подхода лежат правила и законы формальной логики, относящиеся ко всему процессу толкования (и не ограниченные только логическим толкованием)[[3]](#footnote-3), т. е. любое судебное решение представляет собой силлогизм, где норма права выступает большей посылкой, а малой посылкой являются обстоятельства конкретного дела. При этом судья является полностью связанным смыслом правового текста, его функция заключается исключительно в правоприменении[[4]](#footnote-4).

В начале XX века возникает реалистический подход, развивающийся как вызов формализму и критикующий последний за «рутинность», «примитивность» и «механичность» присущего ему правоприменения. В свою очередь, реализм противопоставляет себя формалистскому стилю, именуя себя «свободным стилем», «судебным активизмом», «Гранд-стилем», и объединяет в себе большое количество признаков, общей чертой которых является право судьи использовать в процессе аргументации ссылки на выходящую за пределы позитивного права «реальность»[[5]](#footnote-5). Для реалистического стиля характерны тезис о волевой природе акта толкования и отрицание когнитивной природы интерпретационной деятельности, отсутствие связанности судьи смыслом правового текста, возможность обращения в процессе интерпретации к метаюридическим аргументам (к морали, политике и др.)[[6]](#footnote-6). Свобода судьи от границ задаваемого правовым текстом значения, с одной стороны, позволяет ему отказаться от верного с формально-юридической точки зрения, но вместе с тем социально несправедливого решения, но с другой стороны, наделяет судью неограниченными полномочиями по произвольному определению того, что является правом.

В современной доктрине, с постепенной утратой своей актуальности тезисом о полном запрете судебного правотворчества, складывается тенденция к другой крайности – суверенизации судебной власти, сопряженной с освобождением судьи от связанности смыслом правовых текстов[[7]](#footnote-7). Так, в качестве «индикатора истины» в уголовном судопроизводстве рассматривается не замысел законодателя, а «здравый смысл и общественное мнение»[[8]](#footnote-8). В связи с этим большой интерес приобретает поиск объективных критериев реалистического стиля, определение факторов, сдерживающих на практике аргументацию судьи-реалиста для определения баланса между большей приближенностью толкования социальному контексту, в котором применяется норма права, и абсолютной дискрецией правоприменителя[[9]](#footnote-9), характерной для реалистического стиля в его наиболее радикальной интерпретации, предлагаемой французским конституционалистом М. Тропером.

Целью исследования выступает определение признаков реалистического стиля на основе его проявления в актуальной судебной практике, включая определение «аргументативных (юридических) сдержек», предотвращающих принятие судьей-реалистом как рациональным актором[[10]](#footnote-10) произвольных решений. Для достижения поставленной цели необходимы выявление и анализ признаков реалистического стиля, выделяемых в теории и философии права, а также их верификация на основе эмпирического исследования судебной аргументации.

В рамках настоящего исследования будет проведен анализ признаков реалистического стиля судебной интерпретации на примере практики Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ, Суд). В публикациях распространено мнение о том, что доминирующим стилем толкования судей ЕСПЧ является реализм[[11]](#footnote-11), при этом Суд нередко критикуется за утрату легитимности своих решений по причине «анархического расширения компетенции Суда», апелляции к «внешним средствам», к здравому смыслу[[12]](#footnote-12). Таким образом, с одной стороны, выбор практики ЕСПЧ в качестве основы для эмпирической верификации признаков реализма позволит выявить признаки реалистического стиля толкования в решениях Суда. С другой стороны, указанный выбор обусловлен значимостью определения особенностей и границ реализма ЕСПЧ как органа наднациональной юстиции, решения которого оказывают влияние на правовые системы Договаривающихся Сторон Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее – Конвенция).

**Степень разработанности темы исследования.** Реалистическому стилю посвящены многие работы теоретиков и философов права, начиная с момента его зарождения в конце XIX – начале XX века в рамках столкновения формальной теории интерпретативного когнитивизма и сторонников более свободного направления, представленного Ф. Жени (метод свободного научного исследования права), О. Эрлихом и Г. Канторовичем (школа свободного права), К. Ллевеллином и другими учеными[[13]](#footnote-13). Постепенно реализм распространяется среди представителей различных правовых систем, происходит обособление американского правового реализма (К. Ллевелин, Р. Паунд, Дж. Фрэнк, О. Холмс) и скандинавской версии реализма (А. Хэгерстрём, К. Оливеркрона, А. Росс). В процессе эволюции реалистического стиля выкристаллизовываются умеренный и радикальный подходы к реализму[[14]](#footnote-14).

Таким образом, в философии права были сформулированы основные признаки судебного реализма и критерии, позволяющие разграничить его от судебного формализма, которые оценивают степень свободы судьи в способах его обращения с объектом толкования.

В то же время, как отмечалось П. Рикером, рассмотрение проблематики теории толкования невозможно в отрыве от теории аргументации[[15]](#footnote-15). Теория юридической аргументации активно развивается, начиная со второй половины XX века также подразделяется на различные направления: логический подход, риторический подход (неориторика Х. Перельмана, аргументационная теория С. Тулмина, топическая юриспруденция, представленная А. Соболевой) и диалектический подход (А. Аарнио, А. Печеник, Н. МакКормик, Р. Алекси).

Однако, несмотря на выявление теоретических характеристик реалистического стиля, с одной стороны, и развитие теории юридической аргументации с другой стороны, отсутствуют эмпирические исследования, посвященные изучению взаимосвязи сформулированных в научной литературе признаков реалистического стиля и особенностей юридической аргументации определенной судебной инстанции. Таким образом, значимость настоящего исследования обусловлена тем, что его предметом выступает соотношение теоретических основ реалистического стиля с эмпирически верифицируемыми признаками реализма.

**Предмет исследования** – доктринальные признаки реалистического стиля судебной аргументации, их соотношение с эмпирически верифицируемыми признаками реализма, выявляемыми в решениях Суда, включая факторы, ограничивающие дискрецию судей ЕСПЧ.

**Цели и задачи исследования.** Цель исследования – анализ теоретических и практических аспектов, присущих реалистическому стилю и факторов, сдерживающих усмотрение судьи – реалиста, на примере практики ЕСПЧ.

Для достижения указанной цели ставятся следующие задачи:

* провести анализ признаков реалистического стиля судебной аргументации, выделяемых в доктринальных источниках;
* провести анализ подходов к юридической аргументации, включая изучение различных категорий аргументов;
* определить соотношение аргументов со стилями судебной аргументации;
* провести эмпирическое исследование практики ЕСПЧ;
* рассмотреть основные категории аргументов, используемых в практике ЕСПЧ;
* обобщить выявленные эмпирически верифицируемые признаки реалистического стиля судебной аргументации;
* определить применимость доктринальных выводов о реалистическом стиле к аргументации и толкованию ЕСПЧ;
* проанализировать признаки реалистического стиля интерпретации, характерного для ЕСПЧ, и выявить наличие в практике Суда факторов, сдерживающих его активизм (юридических сдержек);
* проиллюстрировать особенности реалистического стиля ЕСПЧ с использованием конкретных примеров из судебной практики Суда.

**Методологические основы исследования.** В ходе работы над темой работы планируется использование различных методов научного познания: общенаучные (системный метод, анализ и синтез, диалектический метод, метод теоретического моделирования) и частнонаучные (формально-юридический, сравнительно-правовой, исторический) методы.

Системный метод позволит изучить аргументацию Суда и используемые способы интерпретации как совокупное множество элементов, отношения и системные связи между ними. Метод анализа обеспечит углубленное изучение отдельных аргументов и способов толкования, используемых Судом, метод синтеза позволит изучить отдельные аргументы в рамках единой линии аргументации. Диалектический метод необходим для комплексного изучения заданного предмета исследования в его взаимосвязи с иными правовыми явлениями, включая выявление проблем и противоречий, связанных с различными теоретическими и практическими аспектами построения юридической аргументации Судом.

Формально-юридический метод будет использован при формулировке точного смысла основных понятий по теме исследования, а также при уяснении смысла постановлений Суда. Сравнительно-правовой метод будет применяться при сопоставлении различных подходов к аргументации и толкованию, выявленных в доктринальных источниках и в постановлениях ЕСПЧ. Метод моделирования будет направлен на моделирование особенностей реалистического стиля, используемого Судом. Исторический метод обеспечит прослеживание изменений подходов к юридической аргументации в теории и в практике ЕСПЧ с целью выявления и последующего анализа динамики подходов к юридической аргументации. В целях выявления аргументативных схем и интерпретативных аргументов – признаков реалистического стиля судебной интерпретации будет применяться аргументативный (прагма-диалектический) подход.

**Нормативной основой исследования** является Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.

**Эмпирическую основу исследования** представляет практика ЕСПЧ, в частности, акты Суда, размещенные на интернет-сайте базы данных ЕСПЧ в разделе HUDOC (https://hudoc.echr.coe.int/). В корпус судебных решений ЕСПЧ первоначально были включены доступные на английском языке постановления, находящиеся в категории 1, т. е. категории Высокой важности (*High Importance*), и относимые к конкуренции прав человека и публичных интересов и принятые за период с января 1992 по июль 2019 года – 326 решений Суда (первичная выборка решений ЕСПЧ). Затем, на основе исследования сформированного корпуса решений ЕСПЧ в эмпирическую основу исследования были включены дополнительные решения ЕСПЧ, отобранные методом случайной выборки и иллюстрирующие отдельные признаки реалистического стиля.

**Научная новизна исследования** состоит в том, что в нем предложена методология, позволяющая идентифицировать реалистический стиль судебной аргументации в судебной практике. В работе также рассматриваются положения теории юридических сдержек, предлагающей характеристику факторов, сдерживающих дискрецию автора толкования в контексте реалистического стиля аргументации, которые обусловлены особенностями правовой системы и вынуждают судью принять наиболее эффективное и разумное решение. Теория юридических сдержек обладает научной новизной для отечественной доктрины права, поскольку она разработана французскими учеными и исследования указанной теории на русском языке в контексте характеристики стилей судебной аргументации отсутствуют.

**Теоретическая основа исследования.** Теоретическую основу исследования составили основные идеи и выводы российских и зарубежных ученых-юристов, философов права, в которых рассматриваются аспекты реалистического стиля интерпретации, свободы судебного усмотрения, судебной аргументации: Д. Алланда, М.В. Антонова, Н.С. Васильевой, О. Жуанжана, Г. Кельзена, А.Г. Карапетова, Ж.-К. Костюме, Д.И. Луковской, Ф. Маканьо, Х. Перельмана, О. Пферсманна, А. Росса, Е.Г. Самохиной, А.К. Соболевой, Е.В. Тимошиной, М. Тропера, Г. Тюссо, Э. Фетерис, Д. Уолтона, П. Чиассони и др.

Теоретические и практические вопросы, связанные с тенденциями толкования и аргументации ЕСПЧ, затронуты в работах следующих отечественных и зарубежных авторов: С. Бессон, Г.В. Вайпана, Я. Геррардса, К. Дегтярева, Х. Келлер, С.И. Коваленко, А.И. Ковлера и др.

**Теоретическая и практическая значимость работы** состоит в комплексном изучении особенностей реалистического стиля интерпретации ЕСПЧ на основе соотнесения выявляемых в доктрине признаков реализма с аргументами, используемыми в постановлениях Суда, выявлении в практике Суда факторов, сдерживающих свободу судей ЕСПЧ в толковании положений Конвенции.

**Структура и объем работы.** Работа состоит из введения, трех глав, каждая из которых включает два параграфа, заключения. К диссертации прилагается список литературы, нормативно-правовых актов, а также процитированных в работе постановлений ЕСПЧ (полный перечень постановлений, включенных в первичную выборку решений ЕСПЧ, не указан в работе в связи с объемом).

**Основные положения, выносимые на защиту.**

1. В качестве первого элемента методологии идентификации признаков реалистического стиля судебной аргументации в практике ЕСПЧ в работе предлагается использовать сформулированные в доктрине признаки реализма: (1) волевую природу акта толкования; (2) неопределенность значения интерпретируемого текста или отсутствие у него предустановленного до акта интерпретации значения; (3) использование текстуального замещающего или креативного толкования; (4) ограничение или полный отказ от использования логических критериев толкования; (5) обладание судебным решением самостоятельной ценности в правопорядке (судебное решение является источником правовых норм); (6) связь процесса правоприменения с процессом правотворчества. При этом зависимо от «мягкости» или «жесткости» той формы, в которой употреблен признак, различается умеренный и радикальный реалистические стили. Указанные признаки предлагается также дополнить признаком ограниченности правотворческих полномочий автора толкования: в рамках умеренного реализма интерпретатор ограничен областью значений, допускаемых интерпретируемым положением, для радикального реализма – юридическими сдержками – осознанием рациональным автором толкования практической необходимости действовать разумно и эффективно, руководствуясь, в частности, соображениями правовой определенности.

2. Поскольку судебное толкование и аргументация неразрывно связаны между собой (избранный интерпретатором вариант толкования будет так или иначе сопровождаться аргументами, обосновывающими его выбор), в качестве второго элемента для выявления признаков реалистического стиля ЕСПЧ в работе предполагается использовать аргументативный подход. В качестве методологии идентификации реалистического стиля судебной аргументации в практике ЕСПЧ предлагается руководствоваться наиболее современным направлением диалектического подхода – прагма-диалектическим подходом. В теории юридической аргументации в зависимости от обоснования допустимости юридических аргументов выделяются три основных подхода, краткий анализ которых представлен в работе: логический (принцип формальной действительности аргументов), риторический (эффективность аргументации для аудитории) и диалектический (аргументация как процесс рациональной коммуникации) подходы. В отличие от предшествующих ему логического и риторического подходов, преимуществом диалектического подхода является то, что он объединяет в себе как формальные, так и материальные аспекты допустимости аргументации, в связи с чем в работе сделан вывод о том, что для анализа практики ЕСПЧ необходимо использование наиболее комплексного подхода.

3. Прагма-диалектический подход рассматривает процесс аргументации в качестве критической дискуссии сообразно структуре решений ЕСПЧ, в мотивировочной части которых представлена «коммуникация» позиций сторон (заявителя и государства-ответчика), правовой позиции Суда. В рамках прагма-диалектического подхода разрабатывались различные классификации аргументов, включая аргументативные схемы, отражающие структуру наиболее распространенных типов аргументов, используемых как в повседневном дискурсе, так и в контексте правовой аргументации, и интерпретативные аргументы, обосновывающие определенные результаты толкования. Поскольку интерпретативные аргументы во взаимосвязи с аргументативными схемами позволяют также учесть способы юридической аргументации суда при толковании определенных нормативных положений, в работе предлагается изучение стиля интерпретации ЕСПЧ с учетом следующих аргументов, разделенных нами на три группы: 1) аргументы, соотносимые с формалистским стилем: (i) из установленного правила, (ii) из экспертной оценки, (iii) из причины к следствию, (iv) от противного, (v) *a fortiori,* (vi) *ad absurdum*; (vii) из экономии, (viii) из согласованности права, (ix) из полноты права, (x) системный аргумент; 2) аргументы, соотносимые с реалистическим стилем: (xi) из примера, (xii) из популярной практики, (xiii) из позиции знания, (xiv) телеологический аргумент, (xv) справедливый аргумент; 3) аргументы, которые могут быть отнесены как к формалистскому, так и к реалистическому стилю судебной аргументации в зависимости от контекста использования аргумента: (xvi) из словесной классификации или определения, (xvii) из последствий; (xviii) из аналогии и (xix) из авторитетного источника.

4. Эмпирическое исследование решений ЕСПЧ подтверждает гипотезу о возможности выявления эмпирически верифицируемых признаков реалистического стиля аргументации на основе доктринально сформулированных признаков реализма, преимущественное использование Судом аргументов, характерных для реалистического стиля аргументации, а также различие признаков умеренного и радикального реалистического стиля в практике ЕСПЧ.

5. Аргументы, сформулированные в рамках прагма-диалектического подхода, позволяют определить критерии для изучения и анализа судебной практики на предмет выявления стиля используемой судом аргументации. В то же время, использование узкого подхода, ориентированного на выявление конкретных аргументов, возможно на первом этапе анализа юридической аргументации Суда, поскольку, помимо этого необходимо также обращаться к контексту использования аргументов и учитывать полномочия органа аутентичного толкования, в том числе определение ЕСПЧ границ своих полномочий в процессе интерпретации (формулирование оснований для применения Конвенции при осуществлении государствами экстерриториальной юрисдикции) и выход Судом за пределы полномочий (в частности, при использовании эволютивного толкования), обращение к положениям интерпретируемого текста и к предшествующим правовым позициям в процессе аргументации.

6. Констатация преимущественно реалистического стиля аргументации ЕСПЧ не означает произвольного использования Судом полномочий по толкованию положений Конвенции – в практике Суда выявляются юридические сдержки, то есть конкретные фактические ситуации, в которых правовые акторы оказываются вынуждены принять определенное решение или действовать определенным образом в связи с конфигурацией правовой системы, которую они создают или в рамках которой действуют. Эмпирическое исследование решений ЕСПЧ подтвердило, что теория юридических сдержек представляет собой важное дополнение реалистической теории, определяющее границы юридической свободы автора аутентичного толкования, а также учитывает политико-правовые аспекты взаимодействия субъектов аутентичного толкования между собой и с третьими лицами. В частности, примерами «юридических сдержек», проистекающих из системы конвенционного механизма и распространенных в решениях ЕСПЧ, выступают соблюдение Судом принципа субсидиарности, а также обращение к европейскому консенсусу, в частности, при обосновании возможности применения эволютивного толкования.

**Апробация результатов.** Результаты, представленные в настоящей работе, основаны в том числе на выводах, полученных в ходе эмпирического исследования практики Конституционного Суда РФ (далее – КС РФ) и ЕСПЧ в рамках работы в качестве исполнителя по гранту «Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации: 2019 г. этап 2»[[16]](#footnote-16). В рамках исследования практики были отобраны и проанализированы 326 постановлений ЕСПЧ и 315 постановлений КС РФ, сделаны выводы о преимущественно формалистском стиле интерпретации КС РФ (из 315 постановлений КС РФ 18 имеют признаки реалистического стиля) и преимущественно реалистическом стиле ЕСПЧ (из 326 постановлений ЕСПЧ 229 имеют признаки реалистического стиля), подтверждена гипотеза о возможности выявления в судебных решениях эмпирически верифицируемых признаков реалистической и формалистской стратегий судебной аргументации.

Результаты, посвященные теории юридических сдержек, включая рассмотрение тезисов указанной теории на примере практики ЕСПЧ, также были представлены в рамках Международной научной конференции молодых ученых «Право, общество, государство: проблемы теории и истории» в секции «Правотворчество и правоприменение в современном обществе» (23–24 апреля 2021 года).

# Глава 1. Реализм как стиль судебной интерпретации[[17]](#footnote-17)

«Правовой реализм» представляет собой многоаспектное понятие, объединяющее в себе восприятие права с онтологической точки зрения (право как совокупность конкретных социальных факторов: нормативных текстов, их значений, действующих правовых норм), с эпистемологической точки зрения (право как предмет научного знания) и с методологической точки зрения, которая рассматривает процесс толкования как волевую деятельность, результатом которой является установление новых правовых норм[[18]](#footnote-18). Поскольку предметом настоящего исследования выступают особенности реалистического стиля судебной аргументации ЕСПЧ, правовой реализм будет рассматриваться преимущественно с методологической точки зрения.

История реалистического стиля судебной интерпретации начинается со школы свободного права, признающей отсутствие достаточной определенности нормативного текста и, следовательно, ограниченность когнитивной функции толкования. В процессе эволюции реалистического стиля взгляды его представителей становятся более радикальными и переходят к тезису об отсутствии у текста нормативного значения до акта его толкования и, соответственно, к утверждению об исключительно волюнтаристской природе толкования[[19]](#footnote-19).

При этом однозначная корреляция между реалистическим стилем судебной интерпретации и конкретным типом правопонимания отсутствует, в частности, тезис реализма, допускающий возможность обращения к метаюридическим аргументам, разделяется представителями различных теоретико-правовых подходов[[20]](#footnote-20).

В целях выявления доктринальных признаков реалистического стиля интерпретации, реализм будет рассмотрен преимущественно с точки зрения современных подходов к толкованию, в частности, с учетом тезисов (нео)реалистической теории Мишеля Тропера, включая ее противопоставление позиции представителей более «умеренных» взглядов. На основании анализа тезисов умеренного и радикального реалистического стиля будут обобщены признаки реализма.

## **§ 1. Умеренный реалистический стиль**

### *Ограниченность когнитивной функции толкования*

Для представителей умеренного реалистического стиля волевая природа акта толкования объясняется неопределенностью значения нормативного текста. Отрицание характеристики толкования как исключительно когнитивного процесса, заключающегося в познании смысла нормативного текста в связи с неопределенностью значения последнего, характерно для концепции Г. Кельзена. Несмотря на то что в работах ученого проблематика толкования является второстепенной[[21]](#footnote-21), обоснование волевой природы акта толкования находит свое отражение в дальнейшем развитии реалистического стиля судебной интерпретации, включая неореалистическую теорию толкования М. Тропера.

Согласно Кельзену, толкование отражает иерархическую структуру правового порядка. Деятельность по толкованию непосредственно связана с нормотворческим процессом, развивающимся от верхних ступеней правопорядка к нижним: основание действительности каждой последующей ступени заложено в уполномочивающей норме предыдущей ступени. Так, при толковании закона выясняется, как из содержащейся в нем общей нормы будет выведена индивидуальная норма конкретного судебного решения или административного акта[[22]](#footnote-22). Однако определение в отношении нижестоящих актов не является абсолютным: норма не может предусмотреть все аспекты акта, через который она реализуется. Иными словами, вышестоящая норма приобретает рамочный характер по отношению к подчиненным ей актам и оставляет возможность для усмотрения правоприменителя. Кельзен приводит следующий пример: если постановление органа *А* обязывает орган *В* задержать подданного *С*, орган *В*, исполняя соответствующее предписание самостоятельно определит место и момент совершения акта задержания[[23]](#footnote-23).

Неопределенность акта может (1) являться следствием намеренных действий законодателя или (2) быть непреднамеренной. В первом случае законодатель создает общую норму, исходя из предпосылки о том, что индивидуальные нормы продолжат процесс нормативного определения. Например, принимается санитарно-эпидемиологический закон, предусматривающий обязанность граждан под угрозой штрафа принимать меры по предотвращению распространения болезни; конкретные меры будет определены административным органом, в зависимости от фактических обстоятельств (вид болезни), а точный размер штрафа определен судом. Непреднамеренное оставление акта в неопределенности может быть связано с (i) многозначностью слов и словосочетаний, (ii) несоответствием воли законодателя ее буквальному выражению; (iii) наличием двух полностью или частично противоречащих друг другу норм равной юридической силы[[24]](#footnote-24).

В концепции Альфа Росса особое внимание уделяется судебному методу (судебной интерпретации) – деятельности судебных органов при применении общей нормы права в целях вынесения конкретного решения[[25]](#footnote-25). Как и Кельзен, А. Росс занимает позицию «умеренного» реализма[[26]](#footnote-26).

Росс также выделяет ряд факторов, обусловливающих наличие различных вариантов толкования и схожих с выявленными Кельзеном: (i) синтаксические проблемы, вытекающие из связи слов в предложениях (между главными и придаточными частями предложений, при использовании относительных местоимений, условного наклонения и др.); (ii) логические основания, связанные с противоречием (несовместимостью) юридических последствий одних и тех же фактических обстоятельств, дублированием норм, наличием некорректных исходных фактических или юридических посылок; (iii) семантические проблемы, вызванные многозначностью используемых слов и выражений и неопределенностью их значения[[27]](#footnote-27).

Росс также признает, что толкование представляет собой акт воли. «Механическая» теория толкования не соответствует действительности – функции судьи сводятся к рациональному мыслительному процессу восприятия права и его применения к обстоятельствам дела без учета различных возможных интерпретаций. Такое толкование бессильно в ситуации неопределенности вопроса о том, подпадает ли конкретный случай под установленные позитивным правом значения, тогда как судья в любом случае обязан исполнить свою социальную задачу и принять решение, которое воспринимается им как «правильное» с точки зрения правовой и культурной традиции[[28]](#footnote-28).

### *Текстуальное замещающее толкование*

Согласно французскому позитивисту Отто Пферсманну, «определение значения» может являться свойством (когда то или иное высказывание характеризуется как определенное) или выступать мыслительной операцией. «Определение значения» как мыслительная операция обладает тремя значениями: 1) «аналитическое толкование» – операция направлена на получение точного знания об объекте и не изменяет его; 2) текстуальное (замещающее) толкование – объект толкования изменяется таким образом, чтобы могли быть определены его границы; 3) «креативное толкование» – создание объекта, который семантически не связан с уже существующим объектом[[29]](#footnote-29). Для умеренного реалистического стиля характерным является именно текстуальное замещающее толкование.

Вне зависимости от причин неопределенности нормативного текста, ее последствием выступает возможность выбора субъектом толкования допустимого варианта правоприменения. Иными словами, необходимо разрешить следующие вопросы: какому значению правовой нормы будет соответствовать акт; будет ли акт соответствовать воле законодателя или ее буквальному выражению; какой из противоречащих друг другу норм будет подчинен акт (или он будет исходить из того, что обе нормы недействительны)[[30]](#footnote-30).

Так, Кельзен приходит к выводу о том, что норма «представляет собой лишь рамку, внутри которой дано множество возможностей применения», любой акт, находящийся в пределах данной рамки, будет ей соответствовать. Результатом толкования является определение границ правовой нормы и изучение сокрытых в них возможностей. Кельзен отрицает наличие единственно верной индивидуальной нормы, выраженной в судебном решении. Только одно возможное решение становится частью позитивного права, но в рамках общей нормы оно находится наряду с другими возможными решениями[[31]](#footnote-31).

На этапе выбора правоприменителем одного из возможных решений в рамках общей нормы проявляется волевая природа акта толкования, поскольку исключительно путем познания текста невозможно определить, какая норма является «правильной»[[32]](#footnote-32). Также, согласно Кельзену, способы толкования позволяют установить только возможный результат толкования, но не содержат в себе критерия для выбора верного результата. Так, например, принцип взвешивания интересов не решает вопрос о том, какой из интересов более ценен, ответ на этот вопрос не дает ни толкуемая норма, ни текст закона, ни весь правопорядок. Это решение, определяющее относительную ценность интересов, будет содержаться в акте нормотворчества (в судебном решении)[[33]](#footnote-33).

По Россу ключевым элементом интерпретации выступает правовое сознание судьи, его рациональность. Нормативный текст не является «магической формулой», но проявлением идей, целей, оценок – составляющих культурной традиции[[34]](#footnote-34), которая, в свою очередь, отражается в материальном правовом сознании судьи. Культурная традиция создает мотив, который может вступить в противоречие с требованием формального правового сознания подчиняться позитивному праву. Противоречие может быть вызвано как самой нормой, так и несправедливостью решения, принятого на ее основе. Поскольку решение должно быть не только «правильным», но и «справедливым» или «социально желаемым», судья должен интерпретировать текст закона в свете материального правового сознания. При этом в исключительном случае (если конфликт между формальным и материальным правовым сознанием достигает определенного предела) судья может отступить от результата исключительно описательного толкования закона, скорректировав его[[35]](#footnote-35).

### *Связанность судьи семантикой нормативного текста*

Умеренный реализм не отрицает связанность судей семантикой правового текста. Так, Росс допускает отступление от границ позитивного права только в крайних случаях, когда попытка установить замысел законодателя ведет к несправедливому результату[[36]](#footnote-36).

Кроме того, Кельзен полностью не отрицает когнитивной функции процесса толкования. Ученый разграничивает толкование, осуществляемое правовыми органами в процессе правоприменения (аутентичное толкование[[37]](#footnote-37)), и толкование, осуществляемое индивидами при соблюдении ими правовых норм, а также правоведами (неаутентичное толкование). Индивидуальные правовые нормы создаются только в процессе аутентичного толкования. С другой стороны, толкование, осуществляемое правоведами, является когнитивным, поскольку правоведы лишь выявляют возможные значения. Правоведы осуществляют политико-правовое влияние на правоведение, когда один из вариантов толкования нормы указывается ими как единственно верный, тогда как выбор значения осуществляется правоприменительным органом[[38]](#footnote-38).

## **§ 2. Радикальный реалистический стиль**

Наиболее радикальная версия реалистического стиля судебной интерпретации представлена в работах Мишеля Тропера. Реалистическая теория Тропера развивается на основе эмпирического прочтения кельзеновской теории толкования[[39]](#footnote-39). По словам О. Пферсманна[[40]](#footnote-40), реалистическая теория сочетает в себе три элемента: «эмпиризм, который из опыта делает единственный критерий познаваемости вещей, а из чувственно воспринимаемого акта – критерий для установления такого выбора; волюнтаризм, который связывает весь процесс воспроизводства норм с выбором цели властным органом, что всегда имеет внешний эффект по отношению к сознанию; принцип определенности, который требует, чтобы любая норма имела четко определенный объект, ясно предписываемое действие»[[41]](#footnote-41). Преимуществом реалистической теории является то, что она критически оценивает правовой идеализм и «доктринизм», используя лингвистический анализ и следующий эмпирический тест: «каковы доступные наблюдению данные, подтверждающие данное утверждение? С помощью какого акта окончательно разрешается этот вопрос?»[[42]](#footnote-42). Тропер использует большое количество примеров из практики правоприменительных органов (как юрисдикционных, так и неюрисдикционных) для подтверждения тезисов реалистической теории.

В то же время, реалистическая теория Тропера вызывает большое количество научных дискуссий, в том числе среди отечественных представителей теории права[[43]](#footnote-43), и критикуется как наиболее радикальный вариант реалистического стиля толкования, демонстрирующий тенденцию к суверенизации судебной власти[[44]](#footnote-44). Большой значимостью для теории права обладает теоретический спор Тропера с О. Пферсманном[[45]](#footnote-45).

Сам М. Тропер определяют свою теорию как «скептическую»[[46]](#footnote-46) и выделяет три основных ее предпосылки (тезиса): 1) толкование – акт волеизъявления, а не функция познания; 2) объектом толкования являются формулировки или факты, а не нормы права; 3) осуществляющие толкование субъекты наделены специфической властью[[47]](#footnote-47).

### *Волюнтаризм как функция толкования*

Тропер соглашается с Кельзеном в том, что толкование является функцией воли, и доказывает это посредством следующих аргументов. Во-первых, не существует толкования *contra legem*, поскольку значение нормативному тексту придается в процессе его толкования уполномоченным органом (т.е. аутентичного толкования[[48]](#footnote-48)). Иное значение, отличное от придаваемого тексту в процессе толкования, отсутствует. Так, Тропер ссылается на решение Государственного совета от 17 февраля 1950 года по делу «Министр сельского хозяйства против госпожи Ламотт». В указанном деле суд истолковал формулировку «не подлежащий судебному оспариванию» так, как если бы она не исключала судебное оспаривание при злоупотреблении полномочиями, хотя сама формулировка не предусматривает такое исключение[[49]](#footnote-49).

Во-вторых, Тропер отрицает существование толкования *ex tunc* в связи с тем, что какое-либо значение, которое могло бы быть сведено к замыслу законодателя, отсутствует. Тропер объясняет, что установление замысла законодателя представляет собой попытку установить определенное ментальное состояние автора закона, что крайне затруднительно, поскольку, как правило, законы принимаются коллективным органом. Установить замысел каждого отдельного члена парламента не представляется возможным. С другой стороны, вероятно, что парламент лишь принимает закон, который был разработан иным органом или избирательным корпусом. В таком случае автор в юридическом смысле и автор в смысле интеллектуальном не совпадают. Так или иначе, опора только на волю законодателя исключила бы возможность правоприменения в ситуациях, которые законодатель не предусмотрел[[50]](#footnote-50).

В-третьих, также не существует объективного значения, которое бы не зависело от замысла законодателя. Данный тезис совпадает с идеей Кельзена о том, что выбор из множества вариантов толкования, к которым приводят различные методики толкования, может быть осуществлен только лицом, осуществляющим толкование, – в теории толкования отсутствует объективный критерий, позволяющий выбрать один из результатов, к которым приводят различные методы толкования[[51]](#footnote-51).

### *Креативное толкование*

В соответствии с терминологией О. Пферсманна для реалистической теории Тропера характерно «креативное толкование», т.е. создание объекта, который семантически не связан с уже существующим объектом[[52]](#footnote-52).

В качестве объекта толкования реалистическая теория рассматривает текст, поскольку он является «носителем значения» (в отличие от нормы, которая приобретает значение в результате толкования)[[53]](#footnote-53). Данный тезис был сформулирован Тропером в качестве одной из корректив теории толкования Кельзена сообразно определению Кельзеном нормы как значения, а не как лингвистического высказывания[[54]](#footnote-54).

При этом толкование текста происходит во всех случаях, а не только тогда, когда текст представляет неясность, поскольку вывод о ясности или неясности текста также может быть сделан только в процессе толкования. В юриспруденции процесс толкования текста также охватывает установление того, что толкуемый текст является юридическим предписанием, обозначающим норму, и то, к какому уровню такое предписание относится, ведь невозможно установить, что закон предписывает *n,* не определив, что предписание действительно содержится в законодательном акте, а не в волеизъявлении частного лица[[55]](#footnote-55). Таким образом, по Троперу, основанием действительности нормы является ее создание в процессе толкования[[56]](#footnote-56). Кроме того, определение статуса текста напрямую связано с определением полномочий лица, толкующего текст[[57]](#footnote-57).

Помимо формулировок подлежащих истолкованию нормативных текстов, объектом толкования также являются факты. Истолкование фактов происходит в двух случаях. Частным случаем толкования фактов является придание силы правовой нормы правовому обычаю, который изначально существует как факт – в виде повторяющейся практики. Обязательный характер обычаю придает процесс его толкования, в ходе которого принимается решение о его обязательной силе и значении правовой нормы.

Наиболее распространенным случаем является толкование фактов в процессе юридической квалификации при разрешении конкретного судебного спора. До определения того, подпадает ли конкретный факт под одно из охватываемых рамками нормы значений, необходимо понять, имел ли данный факт место. Например, определение, было ли совершено определенное действие, которое может быть квалифицировано как кража или мошенничество, обвиняемым, также составляет содержание судебного решения и представляет результат волеизъявления судьи. Если такой факт не будет установлен, правотворчество будет осуществлено не путем установления лингвистического значения закона, но путем его неприменения[[58]](#footnote-58).

Как правило, спор возникает по причине неясности, принадлежит ли предмет спора к классу объектов, определенному законом. Так, в решении Государственного совета Франции от 4 апреля 1914 года по делу господина Гомеля применению подлежала норма, согласно которой орган управления вправе отказать в разрешении на строительство проектируемого здания в случае, если оно не вписывается в общую монументальную перспективу. Соответственно, задачей суда является определение понятия монументальности. Таким образом, при толковании фактов также проявляется волевая природа, поскольку именно суд определяет применимость того или иного понятия. При этом Тропер выделяет преимущества толкования фактов перед толкованием текста, поскольку толкование факта является завуалированным и не требует от суда признания того, что он осуществляет толкование. Также при толковании фактов судья не обязан использовать формально-логические толкования, которые не работают применительно к фактам. Кроме того, поскольку при толковании фактов охватывается индивидуальный случай, судья не связан своим толкованием на будущее[[59]](#footnote-59).

Из волевой природы акта толкования Тропер выводит властные полномочия толкователя. Аутентичное толкование представляет собой процесс принятия решения о наделении конкретной формулировки определенным смыслом. Такое решение не может быть верным или неверным, но оно является формально действительным в силу реализации уполномоченным органом своей компетенции, которой его наделяет юридическая система. Соответственно, субъектами аутентичного толкования являются органы, наделенные полномочиями по осуществлению толкования, влекущего за собой юридические последствия и не подлежащего оспариванию в судебном порядке, т.е., в первую очередь ими являются высшие судебные инстанции. Помимо них, в отдельных случаях такими полномочиями наделены иные органы государственной власти. Так, Президент V Республики вправе истолковывать положения ст. 16 Конституции Франции 1958 года в части положений о «серьезной и непосредственной угрозе», «прекращении нормального функционирования конституционных государственных властей». Еще одним из примеров является истолкование Президентом Франции ст. 13 Конституции, согласно которой «Президент Республики подписывает указы и постановления, принятые Советом Министров». Указанная статья была предметом дискуссий юристов в связи с неопределенностью ее формулировки – неочевидно, является ли указанное положение императивным или закрепляющим диспозитивное полномочие Президента. Дискуссия была разрешена Ф. Миттераном, который отказался подписывать постановления правительства[[60]](#footnote-60).

Иные органы государственной власти также осуществляют толкование фактов, как в случае с Сенатом США, квалифицирующим действия Президента США как «тяжкие преступления и проступки» – основание для возбуждения процедуры импичмента[[61]](#footnote-61).

Тропер, цитируя епископа Холди[[62]](#footnote-62), признает наличие у автора толкования *de facto* законодательных полномочий. Так, например, конституционный суд выступает соучредителем Конституции, поскольку обладает правом ее свободного истолкования, как в случае наличия, так и при отсутствии определенных формулировок (например, при провозглашении неписаных принципов). В случае, когда конституционный суд наделен полномочием по конституционному контролю за действительностью конституционных поправок, он становится учредителем Конституции. При этом конституция, как нормативный текст, до ее толкования представляет собой подлежащий истолкованию объект. Тропер использует следующую метафору: любое произведение (будь то произведение литературы, картина или конституция) должно фактически существовать до того, как толкователь придаст им некое содержание или раскроет его. Так, поскольку в процессе толкования колесо от велосипеда можно истолковать как произведение искусства, т.е. создать произведение искусства, акт толкования может создать и конституцию[[63]](#footnote-63).

Также полномочия автора толкования позволяют государственному органу самостоятельно расширять свои полномочия, что наиболее ярко продемонстрировал Верховный суд США в деле *Marbury v. Madison*, когда истолковал конституцию как наделяющую его полномочием контроля конституционности законов[[64]](#footnote-64). Судья Маршалл в процессе толкования «создал» верховенство конституции, поскольку принятие данного решения повлекло за собой соответствующие последствия – в США развился механизм конституционного контроля, закрепился статус конституции как вышестоящего акта, а противоречащие ей нормы признаются юридически недействительными[[65]](#footnote-65).

Соответственно, сама иерархия юридической системы также выстраивается в процессе толкования, когда субъект толкования одновременно определяет значение двух текстов, в частности, Конституции и закона, он определяет в том числе иерархическое соотношение между ними. Иными словами, иерархия нормативных текстов отражает иерархию органов государственной власти. Исходя из этой логики, полицейский наделен полномочиями по истолкованию решений суда, однако Тропер подчеркивает, что такое толкование не будет являться аутентичным, так как оно может быть оспорено решением вышестоящей инстанции[[66]](#footnote-66).

Указанные положения реалистической теории стали предметом критики О. Пферсманна. Пферсманн указывает на внутреннее противоречие доктринального скептицизма, вызванное тем, что, с одной стороны, реалистическая теория отрицает возможность аналитического толкования, но с другой стороны, субъекты аутентичного толкования создают наделенные нормативным значением акты, познание которых, исходя из логики реалистической теории, также возможно только субъектами аутентичного толкования. С этим связан тезис Пферсманна об органическом когнитивизме, согласно которому в процессе аутентичного толкования его субъекты демонстрируют способность к объективному познанию текста[[67]](#footnote-67).

Кроме того, анализ положений реалистической теории привел Пферсманна к выводу о ее беспредметности. Во-первых, в реалистической теории отсутствует определение понятия «правоприменительный орган». Такие органы являются аутопойетическими, поскольку создают не только нормы права, но и определяют собственную компетенцию[[68]](#footnote-68). Во-вторых, не определены характеризующие правовую норму признаки: нормативность определяется через характер высказывания – создание субъектом аутентичного толкования. Подобная логика ведет к «гиперинфляции» правовых норм и органов власти, поскольку их количество соответствует количеству актов аутентичного (т.е. креативного или текстуального замещающего) толкования[[69]](#footnote-69). Наконец, утверждение о неопределенности значения текста исключает возможность действительно аутентичного толкования, что приводит к бесконечному регрессу актов толкования в контексте рассматриваемой теории[[70]](#footnote-70).

### *Теория юридических сдержек*

В отличие от умеренного реализма, автор толкования не связан семантикой нормативного текста. При этом Тропер не отрицает связанность субъекта толкования (суда) различными «непрямыми обязательствами» (*contraintes juridiques*)[[71]](#footnote-71). Ученый проводит различие между свободой воли как неограниченной властью и свободой в юридическом смысле. В рамках реалистической теории свобода определяется в последнем значении как дискреционное полномочие – право субъекта аутентичного толкования по собственному усмотрению наделять принимаемые нормы определенным значением, которое в любом случае будет признано действительным[[72]](#footnote-72). При этом непрямые обязательства (сдержки) представляют собой все те «юридические сведения», которые должны учитываться судьей, включая внешние (возможная реакция представителей других органов власти) и внутренние (необходимость обоснования решений) сдержки[[73]](#footnote-73).

Для объяснения природы непрямых обязательств ученый использует в качестве метафоры игру в шахматы. Как правило, из возможных ходов шахматист делает выбор в пользу такого хода, который позволит ему избежать поражения. Несмотря на то, что правила игры позволяют сделать ему другой ход, он выбирает наиболее выигрышный. В вынужденности принять наиболее эффективное решение проявляется «сдержка»*,* которая вызвана не внешними по отношению к игре обязательствами (особенности психологии, религиозные и идеологические убеждения игрока), но внутренними факторами – самой системой шахмат и конкретной ситуацией, разворачивающейся на шахматной доске[[74]](#footnote-74).

Кроме того, автор толкования не является единственным «игроком». Автор конкретного акта толкования вынужден учитывать, что тот же нормативный текст (например, конституция) может стать объектом толкования иного органа аутентичного толкования[[75]](#footnote-75). В связи с этим теория юридических сдержек предлагает понятие *homo juridicus* – рационального автора толкования, который, хотя и обладает, на первый взгляд, неограниченной властью по созданию правовых норм в процессе толкования нормативных текстов, тем не менее использует свои полномочия так, чтобы сохранить или улучшить свое положение в рамках правовой системы[[76]](#footnote-76).

Тропер полагает, что именно в рамках реалистической теории возможно отдельно изучить метаюридические (психологические, социологические, политические и др.) и юридические факторы, присущие юридической системе – «совокупност[и] органов, наделенных нормотворческими полномочиями, и концепций, используемых в ходе юридического умозаключения»[[77]](#footnote-77). При действиях субъекта толкования в рамках юридической системы его умозаключение включается в совокупность уже существующих и используемых данным субъектом толкования и иными органами концепций, в связи с чем его непрямые обязательства связаны с необходимостью учитывать возможные решения других звеньев системы[[78]](#footnote-78). Таким образом, субъект толкования связан юридическим понуждением в широком смысле – необходимостью действовать наиболее разумным и эффективным образом. В частности, если стабильная практика способствует возможности определять содержание законодательства в будущем, при принятии произвольных решений судья рискует потерять такую возможность и поставить под сомнение свою легитимность. Иными словами, верование судьи в свою «связанность» вытекает из практической необходимости, которая, в свою очередь, понуждает судью следовать своей практике и повторно использовать свои методы толкования. При этом, поскольку судья волен изменить эту практику, власть судьи, по словам Тропера, «*измеряется его умеренностью*»[[79]](#footnote-79). Так или иначе, подобные «сдержки» не являются нормативными обязательствами, поскольку их соблюдение остается на усмотрение судьи.

В качестве примера юридической сдержки указывается правило ст. 20 постановления Конституционного совета Франции (*Conseil constitutionnel*) от 7 ноября 1958 года, обязывающее (в случае соответствующего истолкования нормативного текста) конституционных судей во Франции, приводить обоснование значения, придаваемого ими нормативным текстам, а также принципов, на которые они ссылаются. По Троперу такое решение будет социально обоснованным и разумным. Здесь может возникнуть логичный вопрос о том, каким образом судья может мотивировать свое решение, если нормативный текст не обладает предустановленным значением до его толкования. Исследователи реалистической теории объясняют отсутствие противоречия следующим образом: Тропер не говорит об отсутствии у текста изначального значения, ученый указывает на то, что в процессе аутентичного толкования судья выбирает из нескольких субъективных значений текста или принципа и принимает окончательное решение об их объективном значении[[80]](#footnote-80).

## **Выводы**

В настоящем исследовании в качестве основы анализа признаков реалистического стиля в аргументации ЕСПЧ будут использованы критерии (тезисы), сформулированные Е. В. Тимошиной, которые также предлагается дополнить признаком ограниченности правотворческих полномочий автора толкования. Умеренный или радикальный вариант реализма выделяются в зависимости от формы критерия («мягкой» или «жесткой»)[[81]](#footnote-81).

1. Толкование, осуществляемое субъектом аутентичного толкования, является практическим действием и обладает волевой природой (тезис волюнтаризма). При этом, если для умеренного реализма характерно признание ограниченности когнитивной функции толкования, радикальный реализм признает исключительно волевой характер интерпретации.

2. Толкуемый текст не обладает предустановленным нормативным значением до его интерпретации субъектом аутентичного толкования (радикальный реализм) или значение объекта толкования является неопределенным (умеренный реализм) (тезис семантической неопределенности).

3. Автор толкования использует текстуальное замещающее толкование (умеренный реализм) и креативное толкование (радикальный реализм) (тезис свободы толкования).

4. Применение логических критериев толкования, включая модель юридического силлогизма, ограничено (умеренный реализм) или отсутствует (радикальный реализм) (тезис логического скептицизма).

5. Судебное решение обладает самостоятельной ценностью в правопорядке. В рамках умеренного реализма судебное решение выступает источником индивидуальной правовой нормы, действительной в силу заложенных в вышестоящую норму оснований. Для радикального реализма действительность и действенность решения основаны на полномочиях автора толкования (тезис децизионизма).

6. Представители реалистического подхода характеризуют использование в процессе толкования модели субзумпции как механическую правоприменительную деятельность. Для реалистов процесс правоприменения связан с процессом правотворчества (тезис механического применения)[[82]](#footnote-82).

7. Правотворческие полномочия автора толкования ограничены областью значений, допускаемых интерпретируемым положением (умеренный реализм), или юридическими сдержками – осознание рациональным автором толкования практической необходимости действовать разумно и эффективно, руководствуясь, в частности, соображениями правовой определенности (радикальный реализм).

# Глава 2. Аргументативный подход к анализу реалистического стиля

Развитие теории юридической аргументации также обязано пересмотру взглядов на методологию судебного толкования в XX веке, а именно, признанию семантической неопределенности правового текста, пробельности права и, соответственно, наличия у правоприменителя *de facto* правотворческих полномочий. Юридический силлогизм перестает быть «нервом обоснования»[[83]](#footnote-83).

Толкование и аргументация соотносятся между собой как «понимание» и «объяснение»[[84]](#footnote-84). Если толкование представляет собой деятельность (познавательную или волевую), в результате которой устанавливается смысл правовой нормы, аргументация заключается в обосновании того, что избранный вариант толкования является правильным с юридической точки зрения. Так, заявление судьи о том, что «раздел X Закона Z означает N», как правило, будет сопровождаться аргументом, обосновывающим результат толкования (*N*) как верное толкование положения *D* с учетом контекста *С*. Таким образом, может быть выделен результат толкования в узком смысле – правовая норма, которая приводится автором толкования в качестве «правильного» значения толкуемого нормативного положения, и результат толкования в широком смысле – «правильное» значение нормативного положения, сопровождающееся интерпретативными аргументами или обосновывающим дискурсом[[85]](#footnote-85).

Соответственно, предметом изучения теории юридической аргументации являются вопросы анализа, оценки используемых аргументов, а также критерии их допустимости (*soundness, acceptability*) и достаточности для обоснования определенной позиции. Теория юридической аргументации объединяет описательный элемент – эмпирическое исследование в судебных решениях и нормативный элемент – модель допустимой аргументации, разработанную на основе философского идеала рациональности[[86]](#footnote-86).

В связи с неразрывностью процесса судебного толкования и судебной аргументации доктринальные признаки реалистического стиля интерпретации будут рассмотрены применительно к ЕСПЧ сквозь призму аргументативного подхода. Анализ используемых Судом аргументов позволит конкретизировать особенности реализма ЕСПЧ.

В качестве инструмента будет использован прагма-диалектический подход. Являясь наиболее современным подходом в теории юридической аргументации, в отличие от своих предшественников – логического и риторического подходов, он учитывает как формальные, так и материальные аспекты юридической аргументации, рассматривая процесс аргументации в качестве критической дискуссии. Данная модель аналогична структуре решений ЕСПЧ, мотивировочная часть которых представляет собой «диалог» правовых позиций заявителя и государства-ответчика, ее разрешение Судом.

## **§ 1. Прагма-диалектический подход к юридической аргументации**

### *Эволюция направлений юридической аргументации*

Изначально юридическая аргументация преимущественно изучалась в рамках юридической методологии в контексте принятия решений и толкования законов. Начиная с 1970-х гг. она начинает шире изучаться юристами в качестве самостоятельной области знаний[[87]](#footnote-87). Разнообразие подходов в рамках теории аргументации позволяет условно выделить (1) логический подход, (2) риторический подход, (3) диалектический (диалогический) подход. Деление на подходы сообразуется с «триумвиратом» аргументации[[88]](#footnote-88), включающим в себя три соответствующие перспективы аргументации: риторический процесс (*process*), диалектическая процедура (*procedure*) и логический результат (*product*)[[89]](#footnote-89). Иными словами, деление осуществлено в зависимости от критерия, используемого в рамках подхода для обоснования допустимости юридических аргументов.

Для ***логического подхода*** таким критерием является принцип формальной действительности (*validity*), который выступает критерием рациональности юридической аргументации, а также язык логики. Только в случае, если аргумент является логически действительным, решение (вывод) является следствием нормы права и фактических обстоятельств (посылок). Логический подход является наиболее ранним подходом юридической аргументации[[90]](#footnote-90).

Недостатком логического подхода является его ограниченность формальной обоснованностью, абстрагирование от иных составляющих – дискуссионного, институционального и контекстуального характера аргументов[[91]](#footnote-91). Кроме того, логический аргументативный подход не может быть применен к исследованию реалистического стиля интерпретации, используемого в практике Суда, поскольку в его основе – юридический силлогизм, отрицаемый полностью или в части реалистическим подходом.

***Риторический подход***, возникший как реакция на выделение формальных аспектов аргументации, напротив, основывается на материальном аспекте – содержании аргумента и на зависящих от контекста факторах допустимости. Основным критерием допустимости выступает эффективность аргументации для аудитории, к которой она обращена[[92]](#footnote-92).

Среди наиболее значимых представителей риторического подхода –Х. Перельман[[93]](#footnote-93). В рамках своей аргументативной теории ученый развивает тезисы неориторики, в соответствие с которой критерием допустимости аргументации выступает ее одобрение аудиторией (универсальной или конкретной). Универсальная аудитория представляет собой мысленную конструкцию, состоящую из всех разумных (*rational*) человеческих существ и зависящую от исторических, культурных и социальных факторов[[94]](#footnote-94). Для убеждения аудитории автор аргументации использует общие места аргументации (топы, *loci*). Перельман использует терминологию классической риторики Аристотеля и указывает, что топы – «неисчерпаемый арсенал, к которому любой человек, желающий убедить другого, будет вынужден обращаться, нравится ему это или нет»[[95]](#footnote-95).

В качестве топов могут выступать общие ценности (например, равенство всех индивидов), правовые принципы. Для обоснования конкретного правового решения также используются аргументативные схемы[[96]](#footnote-96).

Еще одним значимым направлением подхода выступает топическая юриспруденция. Т. Фивег приходит к выводу о том, что в рамках юриспруденции должен применяться метод аргументации с использованием топов, а не дедуктивно-систематический метод. По Фивегу, топы представляют собой «умственные ориентиры», являются подсказкой о том, какие аргументы нужно использовать, а также выступают отправными пунктами при разрешении конкретных проблем[[97]](#footnote-97).

В отечественной доктрине топическая юриспруденция развивается А. К. Соболевой. В частности, в ее работе «Топическая юриспруденция» были предложены следующие аргументы (топы): 1) максимы права (например, *ultra vires* – «акт, принятый с превышением полномочий, не имеет силы»); 2) текст закона (обычное значение слова; терминологическое значение слова; структура и взаимоотношение частей текста – контекстно-гармонизирующие аргументы); 3) прецедент (ранее данное толкование); 4) намерение законодателя (обращение к истории разработки и принятия нормы (*travaux préparatoires*); сравнительно-сопоставительный анализ частей текста); 5) цель закона; 6) наилучшие последствия (прагматические аргументы); 7) эволюция нормы в связи с социальными изменениями; 8) топы логико-концептуального типа (принципы, концепции и доктрины, разработанные судами в качестве тестов для проверки правильности решений; правовые доктрины и теории); 9) социальные ценности; 10) научные данные; 11) социальные теории; 12) статистические данные; 13) здравый смысл[[98]](#footnote-98). В рамках каждого топа возможно использование различных аргументов, причем самыми распространенными являются следующие: аргумент к справедливости, аргумент к авторитету, аргумент к транзитивности, аргумент к смыслу, аргумент к обстоятельству, аргумент к причине и аргумент «от природы вещей» (*ad genus*)[[99]](#footnote-99).

В качестве недостатков риторического подхода отмечаются его описательный характер, а также акцент на материальных аспектах аргументации, использование в качестве критерия допустимости аргументации ее эффективности в части влияния на определенную аудиторию[[100]](#footnote-100).

***Диалектический (диалогический) подход*** возникает позже остальных (последняя четверть XX века). Его преимуществом является то, что он учитывает и формальные, и материальные критерии допустимости аргументации, рассматривая процесс аргументации как рациональную коммуникацию, целью которой является достижение консенсуса, и, соответственно, представляет попытку нивелировать недостатки первых двух подходов. В рамках диалектического подхода точка зрения отстаивается по правилам рационального дискурса[[101]](#footnote-101).

Представители подхода – А. Аарнио, А. Печеник, Н. МакКормик, Р. Алекси – разделяют формальные, материальные и процедурные аспекты обоснования. На уровне внутреннего обоснования важен формальный аспект – аргумент должен быть логически действительным, то есть состоять из правовой нормы и фактических обстоятельств (посылки) и решения (вывод). На уровне внешнего обоснования основными являются материальные аспекты – могут ли правовая норма и фактические обстоятельства, используемые в качестве посылок, быть признаны допустимыми? В свою очередь, процедурный критерий заключается в требовании соблюдать правила, установленные для признания правового решения допустимым, например, требования последовательности, эффективности, проверяемости, согласованности, обобщаемости и искренности[[102]](#footnote-102).

В рамках диалектического подхода развивается более узкое его направление – ***прагма-диалектический подход***, основанный на идеях Р. Гроотендроста и Ф. Х. ван Еемерена. Его основополагающей характеристикой является воссоздание модели критической дискуссии (*critical discussion*), нацеленной на разрешение правового спора.

Прагматический аспект рассматривает аргументацию как целенаправленную форму речи, а элементы обсуждения в дискуссии – как речевые акты, обладающие определенной функцией в разрешении спора. Диалектический аспект предполагает, что аргументация рассматривается как часть критического обмена элементами обсуждения с целью подвергнуть обсуждаемую точку зрения критической проверке. Ключевым моментом для прагма-диалектического подхода является идеальная модель критической дискуссии и кодекс поведения спорящих сторон. При анализе и оценке аргументативного дискурса оцениваются следующие аспекты: 1) спорные точки зрения и занятые сторонами позиции; 2) аргументы сторон; 3) структура аргументов; 4) используемые сторонами аргументативные схемы; 5) соблюдение правил критической дискуссии[[103]](#footnote-103).

Критическая дискуссия включает в себя следующие ее этапы: этап «конфронтации», начальный этап, этап аргументации, завершающий этап[[104]](#footnote-104). На этапе аргументации возможно использование структур аргумента различной степени сложности. Структура может состоять из одного аргумента (*simple argumentation*), из несколько альтернативных аргументов (*multiple argumentation*), из нескольких аргументов, усиливающих друг друга, и расположенных параллельно (*coordinately compound argumentation*) или последовательно (*subordinately compound*)[[105]](#footnote-105).

### *Аргументы, аргументативные схемы и интерпретативные аргументы*

В рамках прагма-диалектического подхода разрабатывались различные классификации аргументов. В частности, Д. Уолтон предложил классификацию из 65 наиболее часто употребляемых аргументативных схем[[106]](#footnote-106). Аргументативные схемы представляют собой современный аналог *loci*[[107]](#footnote-107). Они отражают структуру наиболее распространенных типов аргументов, используемых и в повседневном дискурсе, и в таком специфическом контексте, как правовая или научная аргументация[[108]](#footnote-108). Отнесение аргумента к той или иной схеме позволяет исследовать его, обнаружить недостающие посылки, оценить слабые места с помощью заранее определенных и уникальных для каждой аргументативной схемы «критических вопросов». Поскольку теория аргументативных схем Уолтона позволяет моделировать аргументы, используемые для доказывания той или иной позиции, а также выявлять рассуждения, ведущие к ошибкам аргументации (*fallacies*)[[109]](#footnote-109), данный инструмент уже использовался в рамках эмпирических исследований практики ЕСПЧ[[110]](#footnote-110).

Необходимо отметить, что хотя понятия аргумент и аргументативная схема не являются тождественными, в некоторых случаях они используются как взаимозаменяемые, поскольку для прагма-диалектического подхода характерно совпадение названия аргументативной схемы и названия аргумента, формой представления которого она является. Так, аргументативная схема под названием «аргумент из последствий» включает в себя как формулу *«*Если произойдет **A**, то это приведет к хорошим (плохим) последствиям. Поэтому **А** должно (не должно) произойти*»*, так и критические вопросы, используемые для оценки аргумента, например «*Какова вероятность, что упомянутые последствия могут произойти?*».

Д. Уолтон выделяет следующие категории аргументов, которые являются наиболее характерными для юридической аргументации.

1. Аргументы из аналогии, обосновывающие применимость нормы права путем ссылки на предшествующий прецедент со схожими обстоятельствами дела. Данная категория также включает аргумент *a contrario* в случае, когда неприменимость нормы права обосновывается через различающиеся обстоятельства дела[[111]](#footnote-111).

2. Аргументы из установленного правила – решение принимается на основе институционально установленного правила[[112]](#footnote-112).

3. Аргументы из признака и аргументы из гипотезы (*abductive argument*). В рамках аргумента из признака определенное наблюдение рассматривается в качестве свидетельства об определенном событии, иными словами аргумент основывается на предположении, которое желательно подтвердить иными аргументами. Уолтоном отмечается характерность такого признака для аргументации в медицине, когда наблюдаемые симптомы являются основой для вывода о наличии того или иного заболевания у пациента. Использованию такого аргумента часто способствует наличие экспертного мнения.

Аргумент из признака связан с аргументом из гипотезы, который также рассматривается как аргумент из наилучшего объяснения. Аргумент заключается в том, что он использует наилучшее объяснение определенному набору фактов в качестве гипотезы.

Указанные аргументы опровергаются дополнительными сведениями об обстоятельствах и наиболее распространены в рамках уголовных дел[[113]](#footnote-113).

4. Аргументы из позиции знания. Убеждающая сила данного аргумента основана на обладании источником его посылок специальным знанием. Данный аргумент является родовым по отношению к аргументу из свидетельских показаний и аргументу из экспертной оценки[[114]](#footnote-114).

5. Аргументы из словесной классификации. Аргумент основан на включении объекта в определенную категорию, что позволяет сделать вывод о том, что он обладает свойствами, присущими этой категории[[115]](#footnote-115).

6. Аргументы из последовательности позиции (*argument from commitment*). Аргумент основан на предположении о том, что спорящая сторона будет придерживаться высказанной ранее позиции. Непоследовательность позиции ставит под сомнение достоверность источника аргументации. В рамках юридической аргументации аргумент используется применительно к толкованию нормативных текстов, когда необходимо сделать вывод о значении нормативного положения[[116]](#footnote-116).

7. Прагматическая аргументация. Данная категория включает аргументы, используемые с целью выбора между альтернативными вариантами с учетом конкретной ситуации и преследуемой в рамках нее цели[[117]](#footnote-117).

8. Аргументы *ad hominem*. Указанные аргументы основаны на недопустимости или недостоверности конкретного лица в качестве источника информации и распространены в рамках судебных разбирательств с участием физических лиц[[118]](#footnote-118).

9. Аргументы из «скользкого пути» (*slippery slope argument*). Данная категория представляет собой разновидность аргумента из последствий и основана на метафоре «скользкого пути»: каждый предпринятый шаг упрощает принятие следующего шага и ведет к негативным последствиям. В качестве примера Уолтон приводит аргументацию против декриминализации марихуаны и против легализации эвтаназии[[119]](#footnote-119).

10. Иные аргументы. Уолтон также указывает, что в юридической аргументации используются и иные аргументы, в частности аргументы, выражающие связь причины и следствия [[120]](#footnote-120).

В дальнейшем Д. Уолтон совместно с Ф. Маканьо также сформулировали ряд интерпретативных аргументов на основе анализа и сопоставления классификаций других ученых[[121]](#footnote-121). Отличительная черта интерпретативных аргументов заключается в том, что они направлены на обоснование определенного результата толкования[[122]](#footnote-122). Интерпретативные аргументы отражают основные способы толкования, характерные как для континентальной, так и для англосаксонской систем права[[123]](#footnote-123).

Уолтон и Маканьо предложили 11 интерпретативных аргументов и объединили их в 6 аргументативных схем следующим образом:

1. Аргумент при недостатке доказательств: (1) аргумент *a contrario*;

2. Аргументы, основанные на аналогии: (2) аргумент *ad simili* (аргумент из аналогии закона и аргумент из аналогии права (из общих принципов) и (3) аргумент *a fortiori*;

3. Аргументы на основе авторитетности источника: (4) аргумент из авторитетного источника (аргумент из намерения законодателя; исторический аргумент; аргумент *ab exemplo;* аргумент из общеупотребимого смысла слов);

4. Прагматические аргументы (прагматическая аргументация, аргументы из последствий, аргументы из ценностей): (5) аргумент *ad absurdum;* (6) справедливый аргумент; (7) аргумент из согласованности правовой системы; (8) телеологический аргумент;

5. Аргументы из гипотезы (из наилучшего объяснения): (9) аргумент из экономии; (10) системный аргумент; (11) аргумент их полноты правовой системы.

Соотношение интерпретативных аргументов с аргументативными схемами необходимо в целях приведения терминологии юридической аргументации к единству, а также для оценки оснований толкования нормативных текстов[[124]](#footnote-124).

## **§ 2. Соотношение аргументов с реалистическим стилем судебной интерпретации в практике ЕСПЧ**

Взаимосвязь интерпретативных аргументов и аргументативных схем позволяет, с одной стороны, выявить и уяснить способы юридической аргументации суда при толковании определенных нормативных положений, и, с другой стороны, оценить, насколько тот или иной аргумент был корректно использован, и не содержится ли ошибок в аргументации. В связи с этим представляется необходимым объединить аргументы, выраженные в наиболее распространенных аргументативных схемах, с интерпретативными аргументами, чтобы избежать их дублирования (в частности, в обоих перечнях встречается аргумент из аналогии).

Необходимо также отметить, что применительно к ЕСПЧ перечень наиболее распространенных аргументативных схем будет несколько отличаться от перечня, предложенного Уолтоном. В частности, в него не включен аргумент из признака, как более характерный для использования в рамках доказывания по уголовному делу. В качестве наиболее распространенных в практике ЕСПЧ аргументативных схем возможно выделить: 1) аргумент из установленного правила; 2) аргумент из прецедента; 3) аргумент из аналогии; 4) аргумент из классификации или определения; 5) аргумент из экспертной оценки; 6) аргумент из последствий; 7) аргумент из причины к следствию; 8) аргумент из примера; 9) аргумент из позиции знания; 10) аргумент из популярной практики[[125]](#footnote-125).

Перечень аргументов, предлагаемый для использования при анализе практики ЕСПЧ, представлен в форме таблицы с учетом соотношения аргументов со стилями интерпретации. Критериями соотношения выступают «тезис логического скептицизма» и «тезис механистического правоприменения»: если аргумент предполагает использование логических критериев толкования, учет нормативных положений, он соотносится с формалистским стилем судебной интерпретации, если же аргумент выходит за рамки нормативного текста, использует риторические приемы, он соотносим с реалистическим стилем.

Таблица 1 – Соотношение аргументов со стилями интерпретации

|  |  |
| --- | --- |
| Стиль интерпретации | Аргументы |
| Реалистический стиль интерпретации | 1. Аргумент из примера  2. Аргумент из популярной практики  3. Аргумент из позиции знания  4. Телеологический аргумент  5. Справедливый аргумент |
| Формалистский / реалистический стиль интерпретации  (в зависимости от контекста использования аргумента) | 6. Аргумент из словесной классификации или определения  7. Аргумент из последствий  8. Аргумент из аналогии  9. Аргумент из авторитетного источника |
| Формалистский стиль интерпретации | 10. Аргумент из установленного правила  11. Аргумент из экспертной оценки  12. Аргумент из причины к следствию  13. Аргумент от противного  14. Аргумент *a fortiori*  15. Аргумент *ad absurdum*  16. Аргумент из экономии  17. Аргумент из согласованности права  18. Аргумент из полноты права  19. Системный аргумент |

Более подробно соответствующие аргументативные схемы и критические вопросы в отношении всех аргументов, включенных в перечень, представлены в Приложении А (Таблица 2 – Описание аргументативных схем аргументов, использованных при анализе практики ЕСПЧ). Далее рассмотрены аргументы, соотносимые с реалистическим стилем судебной интерпретации.

1. Аргумент из примера. Поскольку аргумент из примера может иметь в своей основе ссылки на традиции, мораль, социальные, политические, культурные реалии, которые не имеют прямого отражения в нормах позитивного права, наличие аргумента из примера в судебном решении может быть рассмотрено в качестве примера реалистического стиля.

Аргумент из примера используется ЕСПЧ в том числе при необходимости обосновать ранее сформулированную правовую позицию в связи с изменениями социальной действительности. В частности, в деле «И. против Соединенного Королевства», ЕСПЧ использовал аргумент из примера для обоснования вывода о формировании европейского консенсуса и, соответственно, о нарушении прав заявителя. ЕСПЧ рассматривал вопрос правомерности вмешательства в право на уважение частной жизни, выразившееся в сложностях, с которыми столкнулся заявитель, попытавшись добиться юридического признания со стороны государства смены им пола. Суд указал, что в момент принятия решения по делу «Шефилд и Хоршам против Соединенного Королевства»[[126]](#footnote-126) (аналогичный спор, в котором решение было вынесено в пользу государства-ответчика) «в государствах Совета Европы складывался консенсус относительно юридического признания смены пола. Последнее исследование, представленное Liberty по данному делу, показывает сохраняющуюся международную тенденцию к юридическому признанию… В Австралии и Новой Зеландии, судя по всему, суды отходят от биологического представления о поле при рождении… и придерживаются мнения, что пол в контексте транссексуального желания вступать в брак, должен зависеть от множества факторов, которые будут оцениваться во время брака»[[127]](#footnote-127).

2. Аргумент из позиции знания. Аргумент из позиции знания основан на специальных знаниях источника информации. Такие аргументы зачастую критикуются за слабость и подверженность ошибкам, но в то же время они являются весомыми в ситуациях неопределённости или отсутствия знания[[128]](#footnote-128).

Аргумент из позиции знания отличается от аргумента из популярной практики, представленного далее, своим объектом – группа, на которую ссылаются для обоснования истинности того или иного тезиса, обладает специальным знанием о предмете этого тезиса, с чем и связана достоверность аргумента[[129]](#footnote-129).

ЕСПЧ использует данный аргумент в контексте обоснования широты степени усмотрения государства. Формула аргумента представлена в решениях ЕСПЧ следующим образом: «национальные власти обладают прямой демократической легитимацией и, как многократно отмечалось Европейским Судом, в целом, находятся в лучшем положении (*better placed*), чем международный суд, для того, чтобы оценивать местные потребности и условия»[[130]](#footnote-130).

3. Аргумент из популярной практики. Аргумент из популярной практики является признаком реалистического стиля, поскольку к нему, так же, как и к аргументу из примера, могут относиться ссылки на оценочные категории, на авторитет, на традиции и мораль, на эмоции, опыт, чувства, а также на социальные, политические, культурные реалии.

ЕСПЧ также использует аргумент из популярной практики, в частности, при оценке опыта европейский стран в части введения аналогичного с государством-ответчиком регулирования. В деле «Касадо Кока против Испании», данный аргумент был использован при оценке баланса интересов применительно к вмешательству в право заявителя на свободу выражения мнения. Заявитель, обладающий статусом адвоката, размещал рекламные объявления о своей деятельности, в связи с чем на него несколько раз налагались дисциплинарные взыскания со стороны Коллегии адвокатов Барселоны. ЕСПЧ пришел к выводу, что вмешательство было пропорциональным и не нарушающим положения Конвенции, так как «широкий спектр нормативных актов и различные темпы изменений в государствах-членах Совета Европы указывают на сложность этой проблемы. Из-за прямых, постоянных контактов со своими членами, коллегия адвокатов и суды находятся в лучшем положении, чем международный суд, чтобы определить, как в определённый момент может быть достигнут правильный баланс между различными вовлеченными интересами, а именно: требованиями надлежащего отправления правосудия, достоинства профессии, право каждого на получение информации о правовой помощи и предоставление членам коллегии адвокатов возможности рекламировать свою практику»[[131]](#footnote-131).

В данном примере также подтверждается тезис о схожести аргумента из популярной практики с аргументом из позиции знания и даже содержит посылку, типичную для последнего. Тем не менее, поскольку в данном случае ЕСПЧ делает акцент на том, что действия профессиональной группы адвокатов и судей с целью определения того, каким образом должна регулироваться их деятельность, являются верными, поскольку именно эти лица знакомы с тем, что принято и не принято в регулировании их деятельности, данный пример отнесен к аргументу из популярной практики.

4. Телеологический аргумент. Телеологический (практический, целевой) аргумент основан на цели, для которой абстрактный законодатель создает определенный акт. Цель реконструируется с учетом текста рассматриваемого акта и преследуемых правом интересов. Путем использования данного аргумента сфера применения акта может быть расширена по сравнению с буквальным смыслом его положений[[132]](#footnote-132). В связи с указанным данный аргумент соотносится с реалистическим стилем.

Уолтон и Маканьо разделяют телеологический аргумент и психологический аргумент, который направлен на выявление воли реального законодателя и использует, в частности, ссылки на пояснительные записки к законопроекту, а также исторический аргумент, который рассматривает положения закона во взаимосвязи с предыдущей редакцией толкуемой нормы, для того чтобы определить волю исторического и текущего законодателя[[133]](#footnote-133).

Наиболее ярким проявлением телеологического аргумента в практике ЕСПЧ является использование эволютивного толкования, в рамках которого Суд устанавливает цель положений Конвенции исходя из действительных социальных реалий[[134]](#footnote-134). В качестве цели Конвенции ЕСПЧ определяется реальная гарантия прав и свобод. В деле «И. против Соединенного Королевства» ЕСПЧ отметил, что Конвенция является в первую очередь системой для защиты прав человека, в связи с чем Суд должен учитывать изменяющиеся обстоятельства внутри государства-ответчика, поскольку «чрезвычайно важно, чтобы Конвенция толковалась и применялась таким образом, чтобы закрепленные в ней права были практичными и эффективными, а не теоретическими и иллюзорными. Неспособность суда придерживаться динамичного и эволюционного подхода действительно может привести к возникновению препятствий для реформ или улучшений»[[135]](#footnote-135).

5. Справедливый аргумент. Маканьо и Уолтон относят справедливый аргумент к разновидности прагматической аргументации – аргументативной схеме из ценности (справедливости)[[136]](#footnote-136).

В качестве примера справедливого аргумента Уолтон и Маканьо приводят американское судебное решение «Попов против Хаяши». Судья сталкивается с невозможностью только на основании закона и доказательств прийти к справедливому решению и поэтому обращается к принципу справедливости, присуждая сторонам равный объем прав на имущество[[137]](#footnote-137).

Данный аргумент является соотносимым с реалистическим стилем в силу возможности, апеллируя к ценностям, отойти от положений нормативного текста. Как правило, ЕСПЧ ссылается на справедливость применительно к поиску «справедливого баланса» интересов в контексте принципа пропорциональности, однако в отдельных случаях Суд использует ссылки на справедливость в качестве самостоятельного аргумента. Так, справедливость оценивается ЕСПЧ в контексте ст. 14 Конвенции, устанавливающей запрет дискриминации. В деле «Андрле против Чехии» ЕСПЧ рассматривал вопрос о том, является ли дискриминацией пониженный пенсионный возраст для женщин. Суд пришел к выводу о том, что такое различие является обоснованным, поскольку дифференциация пенсионного возраста в зависимости от количества детей, рожденных женщиной, нацелена на устранение фактического неравенства между мужчинами и женщинами. Такой подход остается разумно и объективно обоснованным до тех пор, пока социальные и экономические изменения не устранят потребность в особом отношении к женщинам[[138]](#footnote-138). Таким образом, ЕСПЧ анализирует принцип справедливости с целью принятия решения о том, что государством-ответчиком не были нарушены права заявителя.

6. Аргумент из аналогии. Основан на сходстве сопоставляемых объектов, которое используется для перенесения признаков исходного объекта на целевой объект[[139]](#footnote-139).

При рассмотрении данного аргумента необходимо различать аргумент из аналогии закона (*analogia legis*) и аргумент из аналогии права (*analogia juris*) или аргумент из общих принципов[[140]](#footnote-140). Соответственно, использование аналогии закона («Применение писаного закона, применяемого к делу **C**, должно применяться к другому, аналогичному делу **D**»[[141]](#footnote-141)) относится к формалистскому стилю, ввиду формально-логического характера аргумента. В то же время, аргумент из аналогии права (из общих принципов) является признаком реалистического стиля.

В практике ЕСПЧ наиболее характерным примером применения аргумента из принципа является аргументация с использованием теста на пропорциональность (принципа пропорциональности)[[142]](#footnote-142), относимого к аргументу из аналогии права (аргумент из общих принципов)[[143]](#footnote-143). Использование Судом принципа пропорциональности представляет проблематичный аспект разграничения подходов к интерпретации, поскольку, во-первых, принцип пропорциональности не следует напрямую из семантики текста Конвенции, а во-вторых, облекается Европейским Судом в форму различных аргументов, что в отдельных случаях позволяет проследить различие между реалистическим стилем в его умеренной и радикальной формах[[144]](#footnote-144).

7. Аргумент из последствий. Аргумент из последствий относится к категории аргументации на основе причинно-следственных связей (*сausal reasoning*), как одной из разновидностей отношения логического следования[[145]](#footnote-145).

Аргумент из последствий будет признаком реалистического стиля в тех случаях, когда указываемые последствия находятся вне рамок системы права. Данный аргумент принимает во внимание позитивные или негативные последствия, которые может повлечь за собой юридическое решение, с целью поддержать это решение или отказаться от него[[146]](#footnote-146). Поскольку последствия могут быть как правовыми, т. е. последствиями *intra legem*, которые оказывают влияние внутри правовой системы (соответствие толкования Конституции), так и внеправовыми – *extra legem*, т. е. последствиями, отражающимися в социальной реальности за пределами правовой системы (как правило, это негативные экономические и иные последствия)[[147]](#footnote-147), данный аргумент возможно отнести к смешанным в зависимости от типа предполагаемых последствий.

В качестве примера использования ЕСПЧ аргумента из последствий как признака реалистического стиля предлагается рассмотреть дело «Уингроу против Соединенного Королевства». Фабула указанного дела заключалась в том, что заявителем был создан короткометражный фильм, на который ему не удалось получить сертификат, подтверждающий право свободного распространения фильма (распространение фильмов без сертификата является уголовно-наказуемым деянием), поскольку публичные власти усмотрели в нем кощунственные элементы, посягающие на религиозные воззрения других лиц. Перед ЕСПЧ стоял вопрос о правомерности вмешательства в право заявителя на свободу выражения своих идей. Среди прочего Суд указал, что природа видеофильмов такова, что как только они становятся доступны на рынке, они могут быть скопированы, взяты в прокат, проданы и просмотрены во многих домах, вне контроля национальных властей. В связи с этим действия национальных властей не являлись неразумными, «принимая во внимание тот факт, что фильм мог бы достичь той аудитории, которой его просмотр нанес бы оскорбление», а также то, что распространение фильма в упаковке с предупреждением о его содержании малоэффективно, учитывая способы его распространения, указанные выше[[148]](#footnote-148).

Таким образом, ЕСПЧ был использован аргумент из негативных последствий для обоснования правомерности действия властей государства-ответчика, которые предотвратили их своими действиями. При этом негативные последствия, на которые ссылается Европейский Суд, находятся в плоскости социальной реальности, но не в системе права, а потому используемый аргумент в данном случае свидетельствует о реалистическом стиле.

8. Аргумент из словесной классификации или определения. Данный аргумент тесно связан с аргументом из аналогии[[149]](#footnote-149). Аргумент из словесной классификации рассматривается вместе с аргументом из определения, поскольку последний схож с рассмотренной аргументативной схемой по своей структуре: в основе обеих схем – отнесение объекта к определенному классу.

Данный аргумент может быть рассмотрен, как «смешанный», поскольку в зависимости от контекста его использования может являться признаком формалистистского стиля, если соответствующая классификация или определение закреплены в нормативном тексте. В случае, если суд использует их произвольно, не опираясь на положения правового текста, или риторически, возможно говорить о признаках реализма[[150]](#footnote-150).

9. Аргумент из авторитетного источника. Уолтон и Маканьо относят к указанному типу психологический, исторический аргументы, аргумент *ab exemplo* и натуралистический аргументы. Как отмечалось выше, первые два аргумента относятся к формалистскому стилю. Аргумент *ab exemplo* имеет место только в случае ссылки суда на судебный прецедент или доктрину, если правовая система не включает таковые в качестве источников права[[151]](#footnote-151). Соответственно, он не применим к практике ЕСПЧ.

Натуралистический аргумент (ссылка на популярное мнение) подразумевает то, что закон необходимо толковать в соответствии с «природой вещей», общеупотребимым смыслом слов или здравым смыслом, который не нуждается в подтверждении[[152]](#footnote-152). Он может быть соотнесен как с реалистическим, так и формалистским стилем судебной аргументации, так как может включать в себя как ссылки на метаюридические понятия[[153]](#footnote-153), так и использовать лингвистическое толкование для выявления общеупотребимого смысла понятий в тексте нормативного предложения, в частности при обращении к обычному значению терминов Конвенции в соответствии с п. 1 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (далее – «Венская конвенция»).

## **Выводы**

Судебное толкование и аргументация представляют собой неразрывно связанные процессы, поскольку избранный интерпретатором вариант толкования будет, так или иначе, сопровождаться аргументами, обосновывающими такой выбор. В связи с этим предлагается рассмотреть признаки реалистического стиля ЕСПЧ с использованием аргументативного подхода, то есть путем анализа используемых Судом аргументов.

В теории юридической аргументации выделяются три основных подхода, в основе разграничения которых – различие в критериях обоснования допустимости юридических аргументов: логический (принцип формальной действительности аргументов), риторический (эффективность аргументации для аудитории) и диалектический (аргументация как процесс рациональной коммуникации) подходы. Преимуществом диалектического подхода является то, что он объединяет в себе как формальные, так и материальные аспекты допустимости аргументации. Соответственно, в качестве основы методологии идентификации реалистического стиля судебной аргументации в практике ЕСПЧ предлагается руководствоваться наиболее современным направлением диалектического подхода – прагма-диалектическим подходом, который рассматривает процесс аргументации в качестве критической дискуссии сообразно структуре решений ЕСПЧ, в мотивировочной части которых представлена «коммуникация» позиций сторон (заявителя и государства-ответчика), правовой позиции Суда.

В рамках прагма-диалектического подхода разрабатывались различные классификации аргументов. В частности, было предложено описание аргументативных схем, отражающих структуру наиболее распространенных типов аргументов, используемых как в повседневном дискурсе, так и в контексте правовой аргументации, а также интерпретативных аргументов, обосновывающих определенные результаты толкования.

Поскольку интерпретативные аргументы во взаимосвязи с аргументативными схемами позволяют также учесть способы юридической аргументации суда при толковании определенных нормативных положений, предлагается изучение стиля интерпретации ЕСПЧ с учетом следующих аргументов, разделенных нами на три группы: 1) аргументы, соотносимые с формалистским стилем: (i) из установленного правила, (ii) из экспертной оценки, (iii) из причины к следствию, (iv) от противного, (v) *a fortiori,* (vi) *ad absurdum*; (vii) из экономии, (viii) из согласованности права, (ix) из полноты права, (x) системный аргумент; 2) аргументы, соотносимые с реалистическим стилем: (xi) из примера, (xii) из популярной практики, (xiii) из позиции знания, (xiv) телеологический аргумент, (xv) справедливый аргумент; 3) аргументы, которые могут быть отнесены как к формалистскому, так и к реалистическому стилю судебной аргументации в зависимости от контекста использования аргумента: (xvi) из словесной классификации или определения, (xvii) из последствий; (xviii) из аналогии и (xix) из авторитетного источника.

# Глава 3. Реализм в аргументации Европейского суда по правам человека

Реалистический стиль интерпретации наиболее явно проявляется на примере практики международных юстиций, для которых характерно проявление волюнтаристской природы толкования, свобода автора толкования[[154]](#footnote-154). Как и иные авторы толкования в международном публичном праве, ЕСПЧ представляет, в терминологии М. Тропера, орган аутентичного толкования, поскольку его решения порождают юридические последствия внутри правовых систем Совета Европы и не могут быть пересмотрены. Более того, учеными и самим Судом отмечается «конституционный» характер деятельности ЕСПЧ, поскольку Конвенция представляет собой «конституционный» инструмент для европейского публичного порядка[[155]](#footnote-155).

Аргументация ЕСПЧ представляет определенные сложности для анализа, в первую очередь на этапе выявления отдельных аргументов, и в дальнейшем при их классификации в качестве признака реалистического или, напротив, формалистского подхода. Зачастую Суд смешивает несколько аргументов – так, большинство тезисов Суда подкрепляется ссылкой на предыдущие правовые позиции и тем самым вовлекаются в форму аргумента из прецедента. Соответственно, стиль интерпретации ЕСПЧ не является исключительно реалистическим, так как Судом используются «формалистские» аргументы и, кроме того, встречаются решения, в которых отсутствуют свидетельствующие о реализме аргументы. Вместе с тем, преимущественным стилем аргументации ЕСПЧ является именно реализм – 70,25% первичной выборки решений ЕСПЧ были отнесены к реалистическому стилю аргументации[[156]](#footnote-156).

Исследование аргументации ЕСПЧ путем выявления «реалистических» аргументов, используемых Судом, позволяет, с одной стороны, выделить наиболее распространённые в его практике аргументы, а с другой стороны, подтвердить возможность выявления эмпирически верифицируемых признаков реалистического стиля путем анализа содержания аргументов и контекста их использования. Так, сообразно описанному выше выделению «умеренной» и «радикальной» форм реалистического стиля в аргументации Суда прослеживается двойственность признаков реализма.

В настоящей главе будут рассмотрены отдельные наиболее характерные примеры проявления признаков реалистического стиля интерпретации в практике ЕСПЧ, включая примеры выявленных в практике Суда юридических сдержек.

## **§ 1. Особенности реалистического стиля Европейского Суда по правам человека**

Далее приводятся отдельные «институциональные» примеры проявления особенностей реалистического стиля Суда в контексте определения границ своих полномочий при установления территориальной сферы применения Конвенции, при выходе за пределы нормативно установленных полномочий при осуществлении эволютивного толкования, при использовании специфических аргументов на примере принципа пропорциональности, являющегося ключевым элементом при оценке правомерности вмешательства в права заявителя, при непоследовательности правовых позиций ЕСПЧ.

### *Определение границ полномочий Суда: экстерриториальное применение Конвенции*

Одним из примеров определения Судом пределов своих полномочий является формирование практики ЕСПЧ, посвященной возможности экстерриториального применения Конвенции, т.е. возможности рассмотрения Судом вмешательств в права и свободы заявителей, совершенных за пределами территорий государств-ответчиков (в том числе вне территории Совета Европы).

В соответствии со ст. 1 Конвенции, государства-члены Совета Европы (Высокие Договаривающиеся Стороны) обязаны обеспечить права и свободы лицам, находящимся под их юрисдикцией. При применении указанной статьи в практике Суда понятие «юрисдикция» выступила «камнем преткновения» [[157]](#footnote-157) и положения статьи были значительным образом дополнены правовыми позициями Суда.

Одним из первых решений[[158]](#footnote-158), в котором ЕСПЧ признал допустимость экстерриториальной юрисдикции, является решение по делу «Луизиду против Турции», в котором Суд признал Турцию ответственной за нарушение права собственности на территории Северного Кипра, оккупированной войсками Турции. ЕСПЧ использовал телеологический аргумент, отметив, что «принимая во внимание объект и цель Конвенции, Договаривающаяся Сторона может нести ответственность, когда в результате военных действий – законных или нет – она фактически осуществляет контроль над районом, расположенным за пределами ее национальной территории. Обязательство обеспечивать в таком регионе соблюдение прав и свобод, гарантированных Конвенцией, проистекает из факта этого контроля, независимо от того, осуществляется ли он напрямую, посредством вооруженных государственных сил или через подчиненную местную администрацию»[[159]](#footnote-159).

В деле «Банкович и другие против Бельгии»[[160]](#footnote-160) ЕСПЧ формулирует в качестве общего правила территориальное понятие юрисдикции, в то время как признание осуществления экстерриториальной юрисдикции является исключительным и допускается при осуществлении государством-ответчиком эффективного контроля над соответствующей территорией и ее жителями за рубежом, т.е. осуществление в результате военной оккупации или путем согласия, приглашения, молчаливого согласия правительства такой территории публичных полномочий, которые, как правило, осуществляются правительством[[161]](#footnote-161). Суд не применил понятие экстерриториальной юрисдикции к бомбардировке силами НАТО здания радиовещания, поскольку «Конвенция не предназначена для применения во всем мире, даже в отношении действий Договаривающихся Государств. Соответственно, желание избежать пробела или вакуума в защите прав человека применялось только тогда, когда рассматриваемая территория, если бы не особые обстоятельства, охватывалась бы Конвенцией»[[162]](#footnote-162).

Однако, в деле «Аль-Скейни против Великобритании» ЕСПЧ сослался на предыдущую практику, установившую преимущественно территориальный принцип применения Конвенции, но тем не менее признал применимость Конвенции к действиям Великобритании на территории Ирака, поскольку Великобритания (совместно с Соединенными Штатами Америки) осуществляла некоторые публичные полномочия, обычно осуществляемые суверенным правительством, в частности, контроль над лицами, погибшими в ходе операций по обеспечению безопасности (в деле рассматривалось вмешательство в право на жизнь указанных лиц)[[163]](#footnote-163). Соответственно, «юрисдикционная связь» между погибшими и Великобританией была установлена[[164]](#footnote-164). Таким образом, Суд признал, что Конвенция применяется в том числе к действиям Договаривающихся Сторон вне территории Совета Европы (при наличии соответствующих оснований).

### *Выход за пределы нормативно установленных полномочий: эволютивное толкование*

Компетенция Суда включает вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции[[165]](#footnote-165). В то же время для ЕСПЧ характерно использование выработанного в практике суда эволютивного (эволюционного, динамического) толкования, в соответствии с которым положения текста Конвенции наделяются изменяющимся со временем значением, что позволяет адаптировать заложенные в нее нормы к современным социальным реалиям[[166]](#footnote-166).

Применение эволютивного толкования свидетельствует о *de facto* нормотворческих полномочиях Суда, что потенциально выходит за пределы полномочий ЕСПЧ, которыми его наделили государства-члены Совета Европы[[167]](#footnote-167). В связи с судебным активизмом со стороны Суда эволютивный подход сталкивается с критикой со стороны как судей ЕСПЧ[[168]](#footnote-168), так и ученых[[169]](#footnote-169) за создание дополнительных обязательств в области защиты прав и свобод человека и гражданина, эксплицитно не закрепленных в Конвенции и соответственно не получивших суверенное согласие государств-членов Совета Европы.

Представляется возможным соотнести использование эволютивного толкования с признаками реалистического стиля интерпретации в связи с тем, что использование данного подхода эксплицитно не предусмотрено ни положениями Конвенции, ни положениями Венской Конвенции (ст. 31–33)[[170]](#footnote-170).

Как отмечено выше[[171]](#footnote-171), в рамках прагма-диалектического подхода эволютивное толкование соотносимо с телеологическим аргументом, поскольку его применимость обусловлена достижением целей, предусмотренных Конвенцией, – гарантировать практичность и эффективность закрепленных в Конвенции прав и свобод. Исследователями эволютивного толкования также отмечается его связь с телеологическим толкованием[[172]](#footnote-172).

Впервые эволютивное толкование было применено Судом в деле «Тайрер против Соединенного Королевства». Суд рассматривал допустимость применения назначенных по решению суда телесных наказаний, что было распространено на момент принятия Конвенции, и пришел к выводу о том, что Конвенция представляет собой «живой инструмент», «который должен толковаться в свете событий настоящего дня», соответственно, ЕСПЧ подчиняется изменениям и общепризнанным стандартам в области пенитенциарной политики государств-членов Совета Европы[[173]](#footnote-173). Данный аргумент был использован при принятии решения о том, что телесные наказания представляют собой наказание, унижающее человеческое достоинство, что запрещено ст. 3 Конвенции.

В дальнейшем, доктрина «живого инструмента» неоднократно применялась в практике Суда[[174]](#footnote-174). Обращаясь к данным эмпирического исследования, необходимо отметить, что в зависимости от контекста использования ЕСПЧ данного интерпретативного аргумента представляется возможным проследить различие между реалистическим подходом в его «умеренном» и «радикальном» вариантах.

С одной стороны, в отдельных случаях ЕСПЧ указывает, что эволютивное толкование не должно приводить к включению в Конвенцию дополнительных прав, изначально не предусмотренных в ней, что соотносится с умеренными реализмом, поскольку суд считает себя частично связанным семантикой правового текста. В деле «Эмоне и другие против Швейцарии» при толковании ст. 8 Конвенции Суд указал, что Конвенция должна толковаться в свете современных условий, но при этом эволютивное толкование не должно приводить к созданию новых прав, не закреплённых в тексте Конвенции. В связи с этим ЕСПЧ пришел к выводу, что право на аборт не защищается Конвенцией[[175]](#footnote-175). Соответственно, ЕСПЧ остается в границах смысла, заложенного в интерпретируемые положения Конвенции[[176]](#footnote-176).

С другой стороны, с радикальным реалистическим стилем соотносима ситуация, когда Суд не ограничивает возможность эволютивного толкования[[177]](#footnote-177). В деле «И. против Соединенного Королевства» ЕСПЧ констатировал без каких-либо оговорок необходимость применения динамичного и эволютивного подхода, чтобы права, закрепленные в Конвенции, были практичными и эффективными[[178]](#footnote-178).

Тем не менее, при применении эволютивного толкования ЕСПЧ также обращается к принципу свободы усмотрения государства (*margin of appreciation*), к европейскому консенсусу (*european consensus*), которые будут рассмотрены подробнее в параграфе, посвященным примерам юридических сдержек в практике Суда[[179]](#footnote-179).

### *Использование специфических аргументов: принцип пропорциональности*

В практике ЕСПЧ наиболее характерным примером применения аргумента из принципа является аргументация с использованием принципа пропорциональности («тест на пропорциональность»). Необходимо также отметить, что существует позиция, в соответствии с которой принцип пропорциональности является общим принципом права[[180]](#footnote-180), представляя собой, соответственно, один из источников международного права[[181]](#footnote-181). Однако в рамках настоящей работы принцип пропорциональности рассмотрен в контексте его взаимосвязи с семантикой текста Конвенции.

Идеальная модель принципа включает в себя четыре элемента: (1) наличие правомерной цели ограничения права; (2) пригодность, т.е. способность ограничения права обеспечить достижение цели; (3) необходимость (ограничение права является минимально необходимым средством для достижения цели); (4) пропорциональность *stricto sensu* (ограничение права не является чрезмерным по сравнению с достигаемой целью)[[182]](#footnote-182).

Использование Судом принципа пропорциональности представляет проблематичный аспект разграничения формалистского и реалистического подходов. С одной стороны, принцип пропорциональности не следует напрямую из семантики текста Конвенции, а с другой стороны, облекается ЕСПЧ в форму различных аргументов. В связи с этим аргумент из принципа может быть отнесен как к формалистскому (при использовании принципа пропорциональности исключительно в форме аргумента из прецедента, в контексте последовательности правовых позиций ЕСПЧ), так и к реалистическому стилю в зависимости от специфики конкретного случая, причем на примере принципа пропорциональности возможно проследить в том числе разграничение реалистического стиля на умеренный и радикальный.

Так, случаи, когда ЕСПЧ приводит обоснование использования принципа пропорциональности, основываясь на толковании положений Конвенции, могут быть отнесены к признакам умеренного реализма. В данном случае Суд формально остается в границах семантики интерпретируемого текста, осуществляя при этом текстуально замещающее толкование. Так, в деле «Начова против Болгарии», рассматривая правомерность вмешательства в право на жизнь, Суд указал, что «принцип строгой соразмерности, закреплённый в статье 2 Конвенции, не может рассматриваться в отрыве от цели указанного положения: защиты права на жизнь»[[183]](#footnote-183). Иными словами, хотя принцип пропорциональности эксплицитно не закреплен в тексте статьи 2 Конвенции, ЕСПЧ все же усматривает связь между семантикой текста Конвенции и принципом пропорциональности.

Аналогичным образом, ЕСПЧ выводит применимость принципа пропорциональности как поиска баланса частных и публичных интересов из положения ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции, закрепляющей гарантии права собственности в деле «Федоренко против Украины». Суд указывает, что «забота о достижении этого баланса отражена в структуре статьи 1 Конвенции в целом, включая ее второй абзац. Следовательно, должны наличествовать разумные отношения пропорциональности между используемыми средствами и преследуемыми целями»[[184]](#footnote-184). Поскольку структура статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции *de facto* не содержит указанного критерия, речь идет о признаке реалистического подхода.

Также ЕСПЧ использует интеграцию принципа пропорциональности в критерий «необходимости в демократическом обществе»[[185]](#footnote-185), что свидетельствует о текстуально замещающем толковании[[186]](#footnote-186), поскольку термин «необходимость», толкуемый с помощью методов аналитического толкования, текстуально не предусматривает необходимость соразмерности принятой меры[[187]](#footnote-187).

Напротив, признаки радикального реалистического подхода проявляются в случаях, когда принцип пропорциональности используется ЕСПЧ без какого-либо дополнительного обоснования. В таких случаях Суд декларирует необходимость применения принципа пропорциональности, нарушение которого выступает достаточным основанием для установления неправомерности вмешательства в права и свободы заявителя, гарантируемые Конвенцией. Так, в деле «Санчез Карденас против Норвегии» заявитель оспаривал постановление Высокого суда, которое запретило ему доступ к сыновьям, а также, путем допущения возможного совершения заявителем насильственных действий, фактически признало недоказанные обвинения в его адрес. ЕСПЧ провел анализ критериев правомерности вмешательства в право на уважение семейной жизни, закреплённых в пункте втором ст. 8 Конвенции, в том числе использовав аргумент из последствий, однако после оценки фактических обстоятельств дела указал, что вмешательство в права заявителя на уважение частной и семейной жизни не было достаточно оправданным в данных обстоятельствах и, несмотря на свободу усмотрения национального суда в таких вопросах, было несоразмерно преследуемым законным целям[[188]](#footnote-188). Таким образом, окончательный вывод формулируется ЕСПЧ на основании принципа пропорциональности, который не следует из семантики правового текста, в связи с чем возможно констатировать использование Судом креативного толкования.

### *Отступление от предшествующих правовых позиций*

В практике ЕСПЧ распространено использование аргумента из прецедента и, соответственно, принятие Судом решения на основании предшествующих правовых позиций. Зачастую аргументация ЕСПЧ по конкретному делу полностью построена на приведении предыдущих правовых позиций[[189]](#footnote-189). В то же время в исследуемой практике была выявлена тенденция по отступлению Судом от своих предыдущих позиций.

Для умеренного реализма характерно прямое указание Судом на отступление от сформулированной ранее правовой позиции и использование аргумента, обосновывающего возможность изменения правовой позиции ЕСПЧ. В первую очередь, во многих решениях Европейский Суд использует такую формулу последовательности правовых позиций: «суд повторяет, что, хотя формально он не обязан следовать какому-либо из предыдущих своих решений, в интересах правовой определённости, предсказуемости и равенства перед законом он не должен без веских оснований отходить от прецедентов, изложенных в предыдущем случае. Тем не менее, поскольку Конвенция является прежде всего механизмом защиты прав человека, суд должен учитывать изменяющиеся условия в Договаривающихся Государствах и реагировать, например, на любое возникающее сближение в отношении стандартов, которые должны быть достигнуты»[[190]](#footnote-190). Затем, в случаях, когда социальные реалии, сформировавшийся европейский консенсус требуют от суда изменить свою правовую позицию, ЕСПЧ эксплицитно ссылается на них в качестве обоснования отхода от позиции, изложенной в предыдущем постановлении.

Признаком радикального реалистического стиля выступает имплицитное отступление от предыдущих правовых позиций, не подкреплённое ссылками на них и обоснованием изменения подхода. Подобный пример был обнаружен при сравнительном анализе решений ЕСПЧ по делу «Алексеев против России» и по делу «Вежделанд и другие против Швеции». Фабула первого дела заключалась в том, что власти города Москва троекратно накладывали запрет на проведение парада представителями сексуальных меньшинств. Государство-ответчик мотивировало данную меру несколькими законными целями: безопасность и защита общественного порядка, поскольку мероприятия несли риск конфронтации с оппонентами; защита нравственности, так как пропаганда гомосексуализма не совместима с религиозными воззрениями большинства (по мнению Российской Федерации, большинство населения не готово принять проведение подобных мероприятий, в отличие от иных государств Совета Европы, где схожие парады проводятся регулярно)[[191]](#footnote-191).

Суд отклонил аргументы ответчика и признал право на свободу собраний, закреплённое в ст. 11 Конвенции, нарушенным. ЕСПЧ указал, что риск насильственных столкновений не является достаточным для запрета проведения шествий (в противном случае, в принципе было бы невозможно проводить любые шествия), а безопасность должна защищаться путем привлечения к ответственности лиц, призывающих к насилию. Суд указал, сославшись на предыдущие правовые позиции, что «любые меры, связанные с вмешательством в право на свободу собраний и выражения мнения, кроме случаев призыва к насилию или отверждения демократических принципов, – какими бы шокирующими и неприемлемыми ни казались властям отдельные взгляды или высказывания – наносят ущерб демократии и часто ставят ее под угрозу»[[192]](#footnote-192).

Во втором деле, «Вежделанд и другие против Швеции», разрешенном спустя два года после дела «Алексеев против России», заявители были привлечены к ответственности за то, что они раздавали листовки с целью спровоцировать дискуссию об отсутствии объективности образования в шведских школах. Листовки содержали информацию о том, что гомосексуальность представляет собой «отклонение» и обладает «морально разрушительным эффектом» в отношении общества, также указывалось на то, что гомосексуальность повлияла на распространение ВИЧ-инфекции. Национальные власти квалифицировали действия заявителей как распространение сведений, провоцирующих вражду и ненависть. Заявители, в свою очередь, требовали признать их право на свободу выражения мнения, гарантируемое ст. 10 Конвенции, нарушенным [[193]](#footnote-193).

ЕСПЧ согласился с позицией государства-ответчика, отметив, что несмотря на допустимую цель распространения листовок (инициирование дискуссии об объективности образования в шведских школах), их «неоправданно оскорбительное» содержание и используемые формулировки провоцировали вражду и ненависть, в связи с чем примененные меры были обусловлены острой социальной потребностью[[194]](#footnote-194). ЕСПЧ также обратил особое внимание на факт того, что листовки раздавались в школе и в том числе оставлялись в шкафчиках школьников, которые в силу своего «впечатлительного и чувствительного» возраста не имели возможности отказаться от них и от информации, которую они содержали. Также при оценке пропорциональности меры Суд указал, что важным фактором является «природа и строгость санкции». В частности, поскольку был наложен штраф, но заявители не были приговорены к тюремному заключению, нельзя говорить об избыточности наказания, а значит, и о нарушении прав заявителей[[195]](#footnote-195).

Таким образом, с одной стороны, ЕСПЧ закрепляет равное право меньшинств на выражение своего мнения и на свободу собраний, несмотря на риски насильственных столкновений, вызванные неприятием позиции меньшинства, учитывая социальные особенности государства-ответчика. С другой стороны, Суд лишает защиты попытки ведения дискуссий со стороны большинства, в условиях, когда отсутствует угроза для безопасности и общественного порядка. Примечательно, что Суд не сопоставляет указанное решение с предыдущей правовой позицией о возможности высказывания своих идей, какими бы шокирующими они не казались, не дифференцирует ситуации, рассмотренные в первом и втором деле[[196]](#footnote-196). В связи с этим данный пример демонстрирует радикальный реалистический стиль.

## **§ 2. Юридические сдержки в практике Европейского Суда по правам человека**

Теория юридических сдержек описывает факторы, ограничивающие «поле возможностей», сокрытых в полномочиях аутентичного органа толкования, в свете полномочий других акторов правовой системы, которые уполномочены на пересмотр и отмену его решений или которых необходимо убедить. С этой точки зрения, юридические сдержки рассматриваются отдельными учеными как источник определенных этапов процесса нормотворчества. Так, автор толкования может оказаться вынужденным выбрать определенный вариант толкования нормативного положения, прибегнуть к определенным аргументам, концепциям, иным источникам права[[197]](#footnote-197).

При этом определенную сложность представляет выявление юридических сдержек как факторов, сдерживающих дискрецию автора аутентичного толкования. Несмотря на то, что юридические сдержки обособлены от всех других факторов тем, что проистекают из «конфигурации правовой системы»[[198]](#footnote-198), отсутствуют сформировавшиеся критерии по их выявлению, а также единое понимание того, на что конкретно направлено «сдерживание».

Одним из излюбленных примеров реалистов выступает постановление Государственного совета (*Conseil d’État*) Франции по делу Коне (*Koné*). Заявитель обжаловал правомерность указа об экстрадиции на основании того, что он был принят государством по политическим мотивам. В то же время международный договор, заключенный между Францией и государством-ответчиком, не содержал данное основание в качестве эксплицитного исключения из общего правила о необходимости рассматривать каждое требование о выдаче. Иными словами, формальные основания для обжалования у ответчика отсутствовали. Тем не менее, Государственный совет обратился к «фундаментальному правовому принципу, признанному законами Республики», в соответствии с которым выдача по политическим мотивам запрещена. Таким образом, в данном деле юридическая сдержка вынуждает автора толкования сослаться на «фундаментальный правовой принцип» с тем, чтобы обосновать неприменение положений международного договора[[199]](#footnote-199).

С точки зрения реалистов речь идет именно о юридической сдержке в контексте реалистического подхода, поскольку применение положений закона в данном случае было бы невозможно в силу обладания нормами международного права большей юридической силой по сравнению с нормами национального права. При этом, в данном случае необходимость использования конституционного принципа для обоснования принятого Государственным советом решения также затрагивает аспект действительности данного решения[[200]](#footnote-200), что ставит под сомнения тезис децизионизма и размывает различия между формалистским и реалистическим подходом.

В свою очередь, ЕСПЧ, являясь наднациональным органом судебной власти и не обладая механизмом юридического принуждения, *de facto* вынужден «убедить» государство-ответчика в законности, обоснованности и справедливости вынесенного решения, поскольку в противном случае государство может сделать выбор в пользу неисполнения решения[[201]](#footnote-201). Соответственно, основной сдержкой выступает необходимость легитимации решений Суда.

В качестве примера «юридических сдержек», проистекающих из системы конвенционного механизма и распространенных в решениях ЕСПЧ, выступает соблюдение выработанного в практике Суда[[202]](#footnote-202) принципа субсидиарности (*subsidiarity*).

В контексте прав человека выделяется три плоскости субсидиарности. Во-первых, «процедурная» (*procedural*) субсидиарность, т.е. компетенция Суда рассматривать дела, связанные с нарушением прав человека, которая проявляется в правиле об исчерпании внутригосударственных средств защиты (п. 1 ст. 35 Конвенции), а также в необходимости соблюдения условий допустимости жалобы (ст. 1, ст. 34, п. 2 ст. 35 Конвенции)[[203]](#footnote-203). Процедурная субсидиарность связана с презумпцией права на эффективное средство правовой защиты в государственном органе (ст. 13 Конвенции)[[204]](#footnote-204). Во-вторых, материальная (*substantive*) субсидиарность определяет содержание пересмотра Судом и складывается из доктрины «четвертой инстанции» (*forth-instance doctrine*) и свободы усмотрения государств (*margin of appreciation*). Доктрина четвертой инстанции подразумевает, что ЕСПЧ обладает ограниченными полномочиями по пересмотру решений национальных судов и не вправе выступать по отношению к ним четвертой инстанцией – его задачи сводятся к проверке того, чтобы национальные решения не были бы очевидно неразумными или произвольными. Пересмотр фактов, установленных в решениях национальных судов, возможен только, если решения нарушают Конвенцию[[205]](#footnote-205). В основе принципа свободы усмотрения государств (*margin of appreciation*), наиболее распространенного элемента материальной субсидарности, – прямая демократическая легитимация национальной власти, способной лучше, чем международный суд, определить местные интересы и потребности[[206]](#footnote-206). При этом представители государства-ответчика должны обосновать, что принятое ими решение учитывало права и свободы, предусмотренные Конвенцией[[207]](#footnote-207). Соответственно, при ссылке на принцип свободы усмотрения государств Судом, как правило, используется аргумент из позиции знания.

Наконец, субсидиарность в контексте средств правовой защиты (*remedial*) подразумевает, что выбор средств правовой защиты принадлежит государству-ответчику[[208]](#footnote-208).

В качестве юридической сдержки предлагается рассмотреть субсидиарность в ее материальном аспекте, поскольку в рамках нее формируется аргументация Суда. Кроме того, материальная субсидиарность не является нормативным обязательством Суда (до вступления в силу Протокола № 15 к Конвенции) и представляет собой «непрямое обязательство», связанное с системой конвенционного механизма.

Отсутствие нормативной связанности принципом субсидиарности иллюстрируется, в частности, случаями отступления от принципа свободы усмотрения государств при обращении ЕСПЧ к европейскому консенсусу (*european consensus*). Последний определяется в практике Суда как сформировавшейся среди большинства государств Совета Европы единый подход к определенным правилам и принципам[[209]](#footnote-209). В отдельных случаях, когда европейский консенсус еще находится в процессе формирования, Суд учитывает «продолжающуюся международную тенденцию» (*continuing international trend*).

Например, в деле «Шеффилд и Хоршам против Соединенного Королевства» ЕСПЧ отказался признать нарушение ст. 8 Конвенции в случае невозможности изменить свидетельство о рождении после операции по смене пола. Суд указал, что не может отклониться от предшествующей практики, так как транссекусуализм продолжает вызывать сложные научные, правовые, моральные и социальные вопросы, к которым отсутствует единый подход среди государств-членов[[210]](#footnote-210). При этом спустя 4 года в деле «И. против Соединенного Королевства» Суд признал нарушение прав заявителя в аналогичных обстоятельствах в том числе в связи с установлением продолжающейся международной тенденции по защите прав указанных лиц[[211]](#footnote-211).

Однако в отдельных случаях ЕСПЧ отдает приоритет свободе усмотрения государства и отступает от следования формирующемуся европейскому консенсусу. Как правило, это происходит при рассмотрении наиболее чувствительных вопросов для государства, когда пренебрежение его позицией повлечет за собой невозможность легитимной имплементации решения Суда в национальной правовой системе, иными словами, когда имеет место блокирующий внутригосударственный консенсус[[212]](#footnote-212). Первым постановлением Большой Палаты, в котором попытки государства-нарушителя сослаться на сформировавшуюся внутригосударственную позицию (*internal consensus*) при ее противоречии общеевропейскому консенсусу увенчались успехом[[213]](#footnote-213), стало дело «А, Б, и Ц против Ирландии». Заявительницы обжаловали законодательно установленный запрет аборта (за исключением случаев угрозы жизни матери)[[214]](#footnote-214). Суд отметил, что регулирование аборта относится к сфере дискреции государства и может быть ограничено только европейским консенсусом, который, хотя и присутствует в данном случае, но не применим, так как спорное положение законодательства Ирландии возникло в результате выражения ценностных ориентиров народом Ирландии путем проведения референдумов[[215]](#footnote-215). Отклонение ЕСПЧ от принципа европейского консенсуса на основе моральных соображений вызвало критику со стороны судей как несоответствующее практике Суда[[216]](#footnote-216).

## **Выводы**

ЕСПЧ представляет в терминологии реалистической теории орган аутентичного толкования. Анализ практики Суда подтверждает, что его аргументация, хотя и содержит формалистские аргументы, является преимущественно реалистической. Выявление в практике ЕСПЧ соотносимых с реализмом аргументов позволяет также выделить отдельные «институциональные» примеры проявлений особенностей реалистического стиля судебной аргументации в решениях Суда, а также проследить различие между «мягкой» и «жесткой» формами реализма.

В качестве примера определения ЕСПЧ границ своих полномочий возможно привести решения ЕСПЧ, посвящённые толкованию ст. 1 Конвенции, в которых Судом было сформировано понятие экстерриториальной юрисдикции. Суд расширил сферу применения Конвенции и, соответственно, свои полномочия по ее толкованию и применению. В частности, Суд сформулировал общее правило территориальной юрисдикции, но допустил применение Конвенции к действиям Договаривающихся Сторон, совершенным за пределами их территории, в том числе за пределами территории Совета Европы, когда они осуществляют эффективный контроль над такими иностранными территориями.

Суд также допускает выход за пределы полномочий, предусмотренных Конвенцией, при осуществлении эволютивного толкования, применение которого позволяет модифицировать содержание Конвенции, адаптировав его к современным социальным реалиям. С одной стороны, в отдельных случаях ЕСПЧ указывает, что эволютивное толкование не должно приводить к включению в Конвенцию дополнительных прав, что соотносится с умеренными реализмом, поскольку суд считает себя частично связанным семантикой правового текста. С другой стороны, случаи, когда ЕСПЧ не ограничивает возможность применения эволютивного толкования, допуская возможность создания дополнительных по сравнению с текстом Конвенции обязательств для государств-членов, могут быть соотносимы с радикальным реалистическим стилем.

С точки зрения применения Судом специфических аргументов, соотносимых с реалистическим стилем, интересно рассмотреть использование ЕСПЧ аргумента из общих принципов – принципа пропорциональности, поскольку данный аргумент часто используется Судом в контексте обоснования правомерности или неправомерности вмешательства в права заявителей. Кроме того, различается способ использования ЕСПЧ данного аргумента. Так, если принцип пропорциональности использован в форме аргумента из прецедента, в контексте последовательности правовых позиций Суда, он соотносим с формалистским стилем.

К умеренному реализму могут быть отнесены случаи, когда ЕСПЧ обосновывает применимость принципа пропорциональности путем толкования Конвенции. Напротив, признаки радикального реалистического подхода проявляются в случаях, когда принцип пропорциональности используется ЕСПЧ без какого-либо дополнительного обоснования путем декларирования необходимости применить принцип пропорциональности, нарушение которого выступает достаточным основанием для установления неправомерности вмешательства в права и свободы заявителя, гарантируемые Конвенцией.

Также в исследуемой практике была выявлена тенденция по отступлению ЕСПЧ от своих предыдущих позиций. Случаи, когда Суд эксплицитно указывает на отступление от сформулированной ранее правовой позиции и использует аргумент, обосновывающий возможность изменения правовой позиции, предлагается соотносить с умеренным реализмом. Признаком радикального реалистического стиля выступает имплицитное отступление от предыдущих правовых позиций, которое не подкрепляется ссылками на них и обоснованием изменения подхода Судом.

В то же время, эмпирическое исследование практики ЕСПЧ подтверждает наличие в решениях Суда факторов, сдерживающих его аргументацию. В качестве примера «юридических сдержек», проистекающих из системы конвенционного механизма и распространенных в решениях ЕСПЧ, выступает соблюдение Судом принципа субсидиарности, а также обращение к европейскому консенсусу, в частности, при обосновании возможности применения эволютивного толкования.

# Заключение

Эмпирическое исследование решений ЕСПЧ с использованием прагма-диалектического подхода позволяет подтвердить гипотезу о возможности выявления эмпирически верифицируемых признаков реалистического стиля аргументации на основе доктринально сформулированных признаков реализма, а также тезис о преимущественно реалистическом стиле аргументации Суда.

Прагма-диалектический подход в целом, аргументативные схемы и интерпетативные аргументы, в частности, подтвердили свою состоятельность в качестве инструментария для изучения и анализа судебной практики на предмет выявления стиля используемой судом аргументации. Однако необходимо учитывать ограниченность ориентированного на выделение отдельных аргументов подхода, обусловленную его концентрированностью на анализе конкретных аргументов. При анализе юридической аргументации выявление конкретных аргументов необходимо на первом этапе анализа, далее необходимо также обращаться к контексту их использования, включая полномочия органа аутентичного толкования, учет положений интерпретируемого текста и предшествующих правовых позиций в процессе аргументации.

Подобный подход позволяет выделить особенности реалистического стиля, характерного для ЕСПЧ, в частности, проследить разграничение использования отдельных аргументов в более «мягкой» и более «жесткой» формах, сообразно выделению умеренного и радикального реалистического стиля в доктрине.

В то же время, констатация преимущественно реалистического стиля аргументации ЕСПЧ не означает произвольного использования Судом полномочий по толкованию положений Конвенции. В частности, анализ решений ЕСПЧ подтвердил, что теория юридических сдержек представляет собой важное дополнение реалистической теории, которое определяет границы юридической свободы автора аутентичного толкования, а также учитывает политико-правовые аспекты взаимодействия субъектов аутентичного толкования между собой и с третьими лицами.

Вместе с тем, теория юридических сдержек не предлагает объективных критериев выявления юридических сдержек, которые позволили бы, с одной стороны, отграничивать сдержки как непрямые обязательства от нормативных обязанностей автора толкования (за исключением отрицания в рамках реалистической теории формально-юридической обязательности интерпретируемого нормативного текста до акта его толкования), а с другой стороны, определить признаки, разграничивающие юридические сдержки, проистекающие из конфигурации правовой системы, и иные внеправовые факторы, влияющие на аргументацию судей. Таким образом, необходимо дальнейшее изучение теории юридических сдержек с целью формулирования таких объективных критериев.

Предложенная в исследовании методология идентификации реалистического стиля судебной аргументации в судебной практике может быть использована в дальнейшем с целью комплексного анализа и описания стиля аргументации, присущего ЕСПЧ и иным судебным инстанциям. В то же время, требуется более подробное рассмотрение точечных случаев соотнесения аргументов со стилями судебной аргументации. В частности, необходимо разрешить вопрос о том, с каким стилем соотносятся приемы толкования, предусмотренные Венской конвенцией, которые, с одной стороны, могут быть соотнесены с формалистским стилем в силу своего нормативного закрепления, но, с другой стороны, предусматривают в отдельных случаях обращение к аргументам за пределами семантики интерпретируемых положений международных договоров (возможность учитывать последующую практику применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования – пп. «b» п. 2 ст. 31 Венской конвенции), что соответствует реалистическому стилю.

# Библиографический список

**Международные нормативно-правовые акты и иные документы.**

1. Венская Конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 г.) // СПС «КонсультантПлюс».
2. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изменениями от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января, 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г., 13 мая 2004 г.) // СПС «КонсультантПлюс».
3. Статут Международного Суда (Сан-Франциско, 26 июня 1945 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

**Постановления и решения Европейского Суда по правам человека**

1. EСtHR. *Connors v. the United Kingdom.* Application no. 66746/01. Judgment of 27 May 2004.
2. ECtHR, *A, B and C v Ireland*. Application no. 25579/05. Judgment (Grand Chamber) of 16 December 2010.
3. ECtHR. *A, B and C v. Ireland*. Application no. 25579/05. Judgment (Grand Chamber) of 16 December 2010. Joint Partly Dissenting Opinion Of Judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni And Poalelungi.
4. ECtHR. *Al-Skeini and Others* v. the United Kingdom. Application no. 55721/07. Judgment of 7 July 2011.
5. ECtHR. *Alekseyev v. Russia.* Application no. 4916/07, 25924/08, 14599/09. Judgment of 21 October 2010.
6. ECtHR. *Andrle v. the Czech Republic.* Application no. 6268/08. Judgment of 17 February 2011.
7. ECtHR. *Bankoviç and others v. Belgium and Others*. Decision as to the Admissibility of 12 December 2001. Application no. 52207/99.
8. ECtHR. *Beldjoudi v. France.* Application no. 12083/86. Judgment of 26 March 1992.
9. ECtHR. *Bistrović v. Croatia.* Application no. 25774/05. Judgment of 31 May 2007.
10. ECtHR. *Casado Coca v. Spain.* Application no. 15450/89. Judgment of 24 February 1994.
11. ECtHR. *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium (Merits)*. Application no. 1474/62 et al. Judgment 23 July 1968.
12. ECtHR. *Christine Goodwin v. the United Kingdom*. Application no. 28957/95. Judgment of 11 July 2002.
13. ECtHR. *Connors v. the United Kingdom.* Application no. 66746/01. Judgment of 27 May 2004.
14. ECtHR. *Coster v. the United Kingfom.* Application no. 24876/94. Judgment of 18 January 2001.
15. ECtHR. *Demir and Baykara v. Turkey.* Application no. 34503/97. Judgment of 21 November 2006.
16. ECtHR. *Draon v. France*. Application no. 1513/03. Judgment of 6 October 2005.
17. ECtHR. *Drozd and Janousek v. France and Spain*. Application no. 12747/87. Judgment of 26 June 1992.
18. ECtHR. *Dudgeon v. the United Kingdom*. Application no. 7525/76. Judgment of 23 September 1981.
19. ECtHR. *Emonet and Others v. Switzerland.* Application no. 39051/03. Judgment of 3 December 2007.
20. ECtHR. *Fedorenko v. Ukraine.* Application no. 25921/02. Judgment of 1 June 2006.
21. ECtHR. *Hermann v. Germany.* Application no. 9300/07. Judgment of 26 June 2012.
22. ECtHR. *Hokkanen v. Finland.* Application no. 19823/92. Judgment of 23 September 1994.
23. ECtHR. *I. v. the United Kingdom.* Application no. 25680/94. Judgment of 11 July 2002.
24. ECtHR. *Jahn and Others v. Germany*. Application no. 46720/99, 72203/01, 72552/01. Judgment of 22 January 2004.
25. ECtHR. *Johnston and others v. Ireland*. Application no. 9697/82. Judgment of 18 December 1986.
26. ECtHR. *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections).* Application no. 15318/89. Judgment of 23 mars 1995.
27. ECtHR. *Maskhadova and Others v. Russia*. Application no. 18071/05. Judgment of 6 June 2013.
28. ECtHR. *Nachova and Others v. Bulgaria.* Application no. 43577/98 and 43579/98. Judgment of 26 February 2004.
29. ECtHR. *Okçuoğlu v. Turkey*. Application no. 24246/94. Judgment of 8 July 1999.
30. ECtHR. *Orlandi and others v. Italy*. Application No. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12*.* Judgment of 14 December 2017.Dissenting opinion of Judges Pejchal and Wojtyczek.
31. ECtHR. *Sanchez Cardenas v. Norway*. Application no. 12148/03. Judgment of 4 October 2007.
32. ECtHR, *S.A.S. v. France*, Application no. 43835/11.Judgment (Grand Chamber) of 1 July 2014.
33. ECtHR. *Selistö v. Finland.* Application no. 56767/00. Judgment of 16 November 2004.
34. ECtHR. *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom.* Application no. 31–32/1997/815–816/1018–1019). Judgment of 30 July 1998.
35. ECtHR. *The Cyprus v. Turkey*. Application no. 25781/94. Judgment of 10 May 2001.
36. ECtHR. *The Holy Monasteries v. Greece.* Application no. 13092/87, 13984/88. Judgment of 9 December 1994.
37. ECtHR. *Tyrer v. United Kingdom*. Application no. 5856/72. Judgment of 25 April 1978.
38. ECtHR. *Vejdeland and Others v. Sweden.* Application no. 1813/07. Judgment of 9 February 2012.
39. ECtHR. *Vejdeland and Others v. Sweden.* Application no. 1813/07. Judgment of 9 February 2012. Concurring opinion of Judge Spielmann Joined by Judge Nussberger.
40. ECtHR. *Vučković and Others v. Serbia (preliminary objection).* Application no. 17153/11 et al. Judgment of 25 March 2014.
41. ECtHR. *Welch v. the United Kingdom.* Application no. 17440/90. Judgment of 9 February 1995.
42. ECtHR. *Wingrove v. the United Kingdom.* Application no. 17419/90. Judgment of 25 November 1996.

**Книги**

1. *Карапетов, А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М. : Статут, 2011. 308 с.
2. *Кельзен, Г.* Чистое учение о праве / пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лёзова. СПб. : ООО Издательский дом «Алеф-Пресс», 2014. Раздел VIII. С. 421–430.
3. *Ковлер, А.И.* Европейская Конвенция: проблемы толкования и имплементации: монография. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : Норма : ИНФРА-М, 2019. 400 с. // СПС «КонсультантПлюс».
4. *Соболева А.* Топическая юриспруденция. М.: «Добросвет», 2001. 225 c.

*Харт Г*. Понятие права. / пер. с англ., под ред. Афонасина Е.В. и Моисеева С.В. СПб: Изд-во С. - Петерб. ун-та, 2007. 302 c.

*Brunet P., Champeil-Desplats V.* La théorie des contraintes juridiques face à la théorie des sources du droit // Les sources du droit revisités; sous la diréction de Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard. Bruxelles: F.U.S.L., Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2012. Section 4. P. 1–21.

*Carbonell F*. Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions, in Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives / ed. Dahlam Ch., Feteris E. Dordrecht: Springer, 2013. P. 1–21.

1. *Chiasoni P., Feteris E., Kreuzbauer H.M.* Chapter 23. Taking Stock of the Past: Rhetoric, Topics, Hermeneutics. // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol 12 (2). Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Part 4. Legal Reasoning. / ed. by E. Pattaro. Dordrecht: Springer, 2016. P. 627–646.

*Chiassoni P.* The Age of Discontent: the Revolt Against Interpretative Cognitivism, in Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence / ed. Pattaro E., Roversi C. Netherlands: Springer, 2016. Vol. 12. T. 2. P. 601–626.

*Chiassoni P., Feteris E*. A Note on Terminology and purpose // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 12 (2). Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Part 4. Legal Reasoning. / ed. by E. Pattaro. Dordrecht: Springer, 2016. P. 561–564.

1. *Eemeren F. H., Grootendorst R.* A Systemic Theory of Argumentation, The pragma-dialectical approach. New York: Cambridge University Press, 2004. 216 p.

*Feteris E.* Chapter 24. Advancing Reason to Its Further Borders.// A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol 12 (2). Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Part 4. Legal Reasoning. / ed. by E. Pattaro. Dordrecht: Springer, 2016.P. 647–664.

*Ross A.* On Law and Justice. / ed. J. v. H. Holtermann. Oxford: Oxford University Press. 2019. 510 p.

1. *Walton D*. Legal Argumentation and Evidence. PA: The Pennsylvania State University Press, 2002. 365 p.
2. *Walton D., Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. New York: Cambridge University Press, 2008. 443 p.

**Статьи**

*Александров А. С.* Цель и средства аргументации в уголовном судопроизводстве // Юридическая техника. 2013. № 7. С. 52–59.

1. *Антонов М.В.* Неореалистическая концепция М. Тропера и спор о правовых суждениях во французской правовой доктрине // Проблемы методологии и философии права; под ред. С.Н. Касаткина – Самара: Самарская гуманитарная академия. 2015. С. 116–131.
2. *Антонов М.В.* О теории конституционного толкования Мишеля Тропера и его споре с Отто Пферсманном // Научный поиск. 2015. № 1.3. С. 17–22.

*Блохин П. Д.* Автономное толкование понятий в практике Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда РФ : сравнительное исследование // Журнал «Закон». 2019. № 6. С. 61–76.

1. *Бондажевская Л.С.* Ошибки в аргументации: попытки определения и классификации // Логико-философские штудии. Т. 12. № 1. 2014. C. 37–47.

*Герардс Я., Сенден Х.* Структура основных прав и Европейский Суд по правам человека. // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 3(76). С. 36–63.

*Ковлер А. И.* Эволютивное толкование Европейской конвенции по правам человека: возможности и пределы. Европейский суд по правам человека как субъект толкования права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 3. С. 92–100.

1. *Ковлер А.И.* «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // Международное правосудие. 2013. № 6. С. 52–63.
2. *Ковлер А.И.* Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм? // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 6. С. 90–100.
3. *Лисанюк Е.Н.* Аргументация в нормативных контекстах: подходы и проблемы // Коммуникация и образование. Сборник статей / под ред. С.И. Дудника. СПб, 2004. URL: http://anthropology.ru/ru/text/lisanyuk-en/argumentaciya-v-normativnyh-kontekstah-podhody-i-problemy (дата обращения: 24.04.2021 г.)

*Лондрас Ф., Дегтярев К.* «A., B. и С. против Ирландии»: возникновение блокирующего внутригосударственного консенсуса». // Международное правосудие. 2013. № 1. C. 23–35.

1. *Луковская, Д.И.* Об эволюции взглядов на судейское право во французской юриспруденции (конец XVIII – первая четверть XX века) // Правоведение. 2014. С. 237–250.
2. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании / пер. с франц. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 218–272.
3. *Соболева А.К.* Судьи Европейского Суда по правам человека как «мужи-диалектики»: риторический контекст и платоновская теория именования // Международное правосудие. 2017. № 3 (23). С. 34–46.
4. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: генезис и эволюция реалистического подхода // Право и политика. 2017. № 12. С. 1–13. DOI: 10.7256/2454-0706.2017.12.25079 URL: <https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=25079> (дата обращения: 24.04.2021 г.).
5. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13. № 1. С. 72–102.
6. *Тимошина Е.В.* Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридический науки. 2016. № 2. С. 50–61.
7. *Тимошина Е.В., Васильева, Н.В.* Общая теория судебного метода и стили судебной интерпретации в правовой концепции А. Росса // Труды института государства и права РАН. 2016. № 4. С. 113–128.
8. *Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка / пер. с фр. М.В. Антонов // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 196–204.
9. *Тропер М.* Конституционное толкование / пер. с франц. М.В. Антонова // Правоведение. 2012. № 4. С. 88–103.
10. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1. С. 136–143.
11. *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2012. № 4. С. 184–195.

*Туманов В. А.* Автономное толкование понятий в практике Европейского Суда по правам человека // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003. № 3. С. 78–84.

1. *Alland D.* La théorie réaliste de l'interpretation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public // Droits. 2012. No. 55. P. 85–102.
2. *Besson S.* Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights? // The American Journal of Jurisprudence. Vol. 61. No. 1. 2016. P. 69–107.
3. *Coustumer, J.-C*. Réalisme, sceptisme et contraintes juridiques // Droits. 2002. No. 36. P. 161–182.

*Crottet B.* Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes // Jus Politicum. no. 7. 2012. URL: <http://juspoliticum.com/article/Une-tentative-de-reformulation-de-la-theorie-des-contraintes-451.html> (дата обращения: 24.04.2021 г.)

1. *Dzehtsiarou, K.* European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights // German Law Journal. 2011. Vol. 12. No. 10. P. 1730–1745.
2. *Feteris E., Kloosterhuis H.* The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory // Studies in Logic, Grammar and Rhetoric. 2009. Vol. 16. No. 29. P. 307–331.
3. *Greer S., Wildhaber L.* Revisiting the Debate about ‘constitutionalizing’ the European Court of Human Rights. // Human Rights Law Review. 2012. No. 12. P. 655–687.
4. *Guastini R*. Le réalisme juridique redéfini // Revus. 2013. No. 19. P. 113–129.
5. *Herrera C. M.* Concepts juridiques et contraintes de l'argumentation // Droits. 2012. No. 55. P. 3–22.

*Johnson R.* Revisiting the Logical/Dialectical/Rhetorical Triumvirate // OSSA Conference Archive. OSSA 8. P. 1–13.

1. *Jouanjan O.* La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes // Droits. 2011. No. 54. P. 27–48.
2. *Lécuyer Y*., Les critiques ataviques à l’encontre de la Cour européene des droits de l’homme. Chronique classé dans Droit européen des droits de l’homme. No. 53. 2019. URL: <http://www.revuedlf.com/cedh/les-critiques-ataviques-a-lencontre-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/> (дата обращения: 24.04.2021 г.)
3. *Macagno F.* Arguments of Interpretation and Argumentation Schemes // Studies on Argumentation and Legal Philosophy: Further Steps Towards a Pluralistic Approach / ed. by М. Manzin,  F. Puppo, S. Tomasi. Napoli: Editoriale scientifica, 2015. P. 51–80.
4. *Macagno F., Walton D.* Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes // International Journal of Legal Discourse. 2017. No. 2(1). P. 1–29.
5. *Millard É.* Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité // Droits. 2012. No. 55. P. 23–40.

*Mochales R., Ieven A*. Creating an Argumentation Corpus: do Theories Apply to Real Arguments?: a Case Study on the Legal Argumentation of the ECHR // Proceedings of the 12th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL '09). 2009. P. 21–30.

1. *Pfersmann O.* Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l’intérpretation // Revue française de droit constitutionnel. 2002. No. 52. P. 789–836.
2. *Pfersmann O.* Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper // Revue française de droit consitutionnel. 2002. No. 52. P. 759-788.

*Regh W.* Habermas, Argumentation Theory, and Science Studies: Toward Interdisciplinary Cooperation // Informal Logic. Vol. 23. 2003. No. 2. P. 161–182.

1. *Ricoeur P.* Zu einer Hermeneutik des Rechts: Argumentation und Interpretation // Deutsche Zeitschrift für Philosophie. Т. 42. 1994. No. 3. P. 375–384.
2. *Troper M.* Réplique à Otto Pfersmann // Revue française de droit consitutionnel. 2002. No. 50. P. 335–353.
3. *Troper M.* Réplique à Otto Pfersmann. // Revue française de droit constitutionnel. 2002. No. 50. P. 335–353.
4. *Troper M.* Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper. 2002. No. 52. P. 759–788.
5. *Tusseau G.* Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnelles face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partage de ne pas pouvoir avoir toujours raison // Droits. 2012. No. 55. P. 41–84.

**Диссертации**

1. *Вайпан Г. В.* Принцип пропорциональности в современном международном праве: дисс. … канд. юрид. наук. М., 2017.
2. *Коваленко С.И.* Теоретико-практические аспекты эволюционного толкования Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в практике Европейского суда по правам человека: дисс. … канд. юрид. наук. М., 2019.
3. *Самохина Е.* Генезис аргументативной теории (Х. Перельман): дисс. … канд. юрид. наук, М. 2013.

# Приложение А

Таблица 2 – Описание аргументативных схем аргументов, использованных при анализе практики ЕСПЧ

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | Аргумент | Аргументативная схема и критические вопросы к ней |
|  | Аргумент из установленного правила | Если осуществление действий, включающих в себя A, является установленным правилом для **x**,тогда **х** должен осуществлять **А**[[217]](#footnote-217). Для применения в юридической аргументации рассматриваемая схема формулируется несколько иным образом: если правило **R** применимо к фактам **F** в деле **С**, следует вывод **А**[[218]](#footnote-218).  1) Требует ли правило совершение действий, включающих **А** как частный случай?  2) Существуют ли другие установленные правила, которые противоречат указанному или отменяют его?  3) Является ли рассматриваемый случай исключительным, т. е. существуют ли обстоятельства, смягчающие ответственность или освобождающие от нее при нарушении правила[[219]](#footnote-219)? |
|  | Аргумент из прецедента | В целом, согласно установленному правилу, если у **х** есть свойство **F**, то у **х** также есть свойство **G**; в легитимном решении у **а** есть свойство **F**, но нет свойства **G**; значит необходимо признать исключение из правила, а само правило должно быть надлежащим образом изменено[[220]](#footnote-220).  1) Действительно ли установленное правило применялось в указанном деле?  2) Является ли решение легитимным или же, напротив, явно нарушает правило?  3) Может ли указанный случай подпадать под уже признанное исключение, которое не влечёт необходимости изменения правила[[221]](#footnote-221)? |
|  | Аргумент из аналогии | В целом, случай **С1**сопоставим со случаем **С2**; утверждение **А** верно (неверно) в случае **С1**, значит, утверждение **А** верно (неверно) в случае **С2**[[222]](#footnote-222).  *Analogia juris* представлена в виде следующей аргументативной схемы: «ни один закон не предусматривает, что **x** является **Q**; если **x** – это **P**, тогда у **x** есть право / есть **А**. **P** и **Q** являются видами одного и того же рода **G.** Если **G** или **Q** являются **x**, тогда у **х** есть право / есть **А**».  1) Является ли **А** верным (неверным) в случае **С1**?  2) Являются ли **С1** и **С2** сопоставимыми в рассматриваемом аспекте?  3) Существуют ли важные различия между случаями **С1** и **С2**?  4) Существует ли случай **С3**, который также сопоставим со случаем **С1**, но для которого утверждение **А** не является верным (неверным)[[223]](#footnote-223)?  *Analogia legis:* если **x** является **P**, у **х** есть права / есть **А**; неясно, является ли **а** **P**; **a** схоже с **b**; **b** классифицируется как **P** из-за факторов **f1, f2, …, fn**; если x обладает факторами **f1, f2, …, fn**, **x** является **Р**; а обладает факторами **f1, f2, …, fn**, значит **x** является **P[[224]](#footnote-224)**.  *Analogia iuris*: отсутствует закон, подтверждающий, что **x** являются **Q**; если **x** является **P**, **х** обладает правом / является **А**; **P** и **Q** включены в функциональный род **G**, если **x** является **G**, **x** обладает правом / является **А**, если **x** является **Q**, **x** обладает правом / является **А**[[225]](#footnote-225). |
|  | Аргумент *a fortiori* | Аргумент включается в группу аргументов из аналогии: отсутствует закон, подтверждающий, что **x** являются **Q**; если **x** является **P**, **х** обладает правом / является **А**; **P** и **Q** включены в функциональный род **G**, если **x** является **G**, **x** обладает правом / является **А**, **Q** относится к **G** больше, чем **P**; если **x** является **Q**, **x** обладает правом / является **А**[[226]](#footnote-226). |
|  | Аргумент из словесной классификации или определения[[227]](#footnote-227) | Если определённый объект **а** может быть классифицирован как подпадающий под категорию **C**, тогда **а** обладает свойством **F**[[228]](#footnote-228).  1) Точно ли **а** обладает **F**, или есть основания для сомнений?  2) Можно ли утверждать, что приведенная в посылке классификация является логически корректной[[229]](#footnote-229)? |
| Для всех **х**, если **а** подпадает под определение **D**, **х** может быть классифицирован как обладающий свойством **G**[[230]](#footnote-230).  1) Какие существуют доказательства того, что **D** является точным определением с учетом существования альтернативных определений, которые могут исключать то, что **а** обладает **G**?  2) Не основана ли словесная классификация на условном или предвзятом определении[[231]](#footnote-231)? |
|  | Аргумент из экспертной оценки | **E** является экспертом в предметной области **S**,содержащей предположение **А**; **Е** считает, что предположение **А** верно (неверно); **А** верно (неверно)[[232]](#footnote-232).  1) Насколько достоверным источником является эксперт **Е** (вопрос экспертизы)?  2) Является ли **Е** экспертом в той предметной области, которая охватывает **А** (вопрос области)?  3) Что именно в том, что утверждает **Е**, подразумевает **А** (вопрос мнения)?  4) Заслуживает ли лично **Е** доверия?  5) Согласуется ли **А**, с тем, что утверждают другие эксперты (вопрос согласованности)?  6) Основано ли утверждение **Е** на доказательствах[[233]](#footnote-233)? |
|  | Аргумент из последствий | Если случается **А**, оно влечёт за собой положительные последствия, значит нужно поспособствовать возникновению **A**; если агент поспособствует **А**, случится **В**, **В** является плохим последствием, значит агент не должен способствовать **А**[[234]](#footnote-234).  1) Насколько велика вероятность того, что указанные последствия могут или должны случиться?  2) Какие доказательства подтверждают вероятность наступления обстоятельств, достаточны ли они?  3) Могут ли быть какие-либо противоположные последствия, которые должны быть приняты во внимание[[235]](#footnote-235)? |
| Аргумент *ad absurdum* |
| Аргумент из полноты права  (подтип схемы аргумента из последствий) |
|  | Аргумент из причины к следствию | Как правило, если случается **А**, то может случиться **В**[[236]](#footnote-236).  1) Насколько сильным является обобщение (если оно, в целом, является верным)?  2) Являются ли приведенные доказательства (если они приведены) достаточным основанием для указанного обобщения?  3) Имеются ли другие факторы, которые могут помешать возникновению последствий в этом случае[[237]](#footnote-237)? |
|  | Аргумент из примера | В данном конкретном случае, лицо **а** обладает свойством **F**, а также свойством **G**; таким образом, в целом, если у **х** есть свойство **F**; он также обладает свойством **G.**  1) Является ли тезис, заявленный в посылке, верным?  2) Поддерживает ли пример обобщение, которое он должен иллюстрировать?  3) Является ли пример типичным для такого обобщения?  4) Насколько сильным является обобщение?  5) Подрывают ли особенности примера такое обобщение[[238]](#footnote-238)? |
|  | Аргумент из позиции знания | Благодаря своей позиции источник **a** обладает знаниями в области **S**, которая содержит предположение **A**, **a** утверждает, что **А** верно (неверно), значит **А** верно (неверно)[[239]](#footnote-239).  1) Находится ли **a** в позиции, благодаря которой он знает, что **А** верно (неверно)?  2) Является ли **а** честным (достоверным) источником?  3) Утверждает ли **а**, что **А** верно (неверно)[[240]](#footnote-240)? |
|  | Аргумент из популярной практики | Если **А** является популярной практикой среди тех, кто знаком с тем, что принято, и что не принято в отношении **А**; значит, **А** является верным[[241]](#footnote-241).  1) Какие действия свидетельствуют о том, что подавляющее большинство принимает **А**?  2) Даже если подавляющее большинство допускает **А**, какие есть основания думать, что их позиция в отношении **А** обоснована[[242]](#footnote-242)? |
|  | Аргумент *a contrario* | 1. Уолтон отмечал, что аргумент *a contrario* представляет собой разновидность аргумента из аналогии[[243]](#footnote-243): если ***х*** является ***P***, ***х*** имеет право / является ***А***; в отсутствие положений об ином если х не является ***P***, ***х*** не имеет права / не является ***А***; лицо а не является ***P***; значит лицо а не обладает правом / не является ***А***.  2. Уолтон и Маканьо также отмечают сооветствие аргументу аргументативной схемы из отсутствия информации: если бы **А** было правдой, **А** было бы известно, что **А** является правдой; то, что **А** является правдой неизвестно, значит **А** не является правдой[[244]](#footnote-244).  1) Насколько долго продолжался поиск доказательств?  2) На какой стороне диалога бремя доказывания? Иными словами, что является окончательным доказательством, и кто обязан его использовать?  3) Какими должны быть доказательства, чтобы сторона могла выполнить бремя доказывания[[245]](#footnote-245)? |
|  | Аргумент из авторитетного источника | |
| Психологический аргумент (замысел реального законодателя) | Источник **L** является авторитетным источником вовлеченным в (принятие, создание проекта, внесение изменений) в положение закона **A**; **L** (принял, создал проект, внес изменения) в положение **А**, подразумевающее **A1**; если источник **L** является авторитетным источником, вовлеченным в (принятие, создание проекта, внесение изменений) в положение закона **A**, и **L** предполагал толкование **A1**; тогда **A1**может рассматриваться как верное толкование.  1) Должен ли **L** рассматриватся как авторитетный источник (является ли закон независимым от воли законодателя)?  2) Кем является **L** (большинством, наиболее влиятельным лицом, представителем) и какую роль играет?  3) Что по утверждению **L** означает **А1**?  4) Является ли **А1**соответствующим намерению других **L**, которые приняли тот же закон?  5) Ведет ли **А1**к каким-либо антиномиям или противоречиям внутри правовой системы[[246]](#footnote-246)? |
| Исторический аргумент  (презумпция продолжающегося или консервативного законодателя) |
| Аргумент *ab exemplo* | Источник **L** (правовая доктрина / прецедент) является авторитетным источником в предметной области **S**, содержащей предположение **A**; **L** утверждает, что предположение **A** (в области **S**) является верным (неверным); если источник **L** является авторитетным источником в области **S**, содержащей предположение **A**, и **L** утверждает, что предположение **А** является верным (неверным), значит **А** может быть рассмотрено как верное (неверное)[[247]](#footnote-247). |
| Натуралистический аргумент (аргумент из популярного мнения) | Как правило, **А** рассматривается как верное; если **А**, в целом, рассматривается как верное, это дает основания в пользу **А**; имеется причина в пользу **А**[[248]](#footnote-248).  1) Какие существуют доказательства (опрос или ссылка на общеизвестное мнение), потверждающие, что А, как правило, верно?  2) Даже если А, как правило, считается верным, существуют ли разумные основания полагать, что это не так[[249]](#footnote-249)? |
|  | Аргумент *ad absurdum* | 1. Аргумент соотносится с аргументативной схемой из последствий.  2. Уолтон и Маканьо также отмечают, что Тарелло соотносил аргумент с аргументом из позитивных (негативных) ценностей: ценность **V** рассматривается агентом **А** как позитивная (негативная); если **V** является позитивной (негативной) ценностью, это является причиной для **А** достигнуть (воздержаться от достижения) цели **G**; **V** является причиной достижения (воздержания от достижения) цели **G**. |
|  | Справедливый аргумент | Я обладаю целью **G**; **G** поддерживается моей системой ценностей **V**; действие **A** необходимо для достижения цели **G**; таким образом, необходимо совершить действие **A**[[250]](#footnote-250).  1) Какие иные цели могут конфликтовать с целью G?  2) Насколько хорошо **G** поддерживается (или по меньшей мере соответствует) моим ценностями **V**?  3) Какие альтернативные действия могут привести к цели **G**?  4) Какое действие (из **A** и альтернативных ему) будет наиболее эффективным?  5) какое действие (из **А** и альтернативных действий) является наилучшим в свете ценностей **V**?  6) какие существуют основания полагать, что практически возможно осуществить действие **А**?  7) Какие существуют последствия осуществления действия **А**, которые могут обладать негативным эффектом, большим, чем позитивный эффект от цели **G**[[251]](#footnote-251)? |
|  | Телеологический (или целевой) аргумент | Я (агент) обладаю целью **G**; выполнение действия **А** приведет к реализации **G**; таким образом мне необходимо выполнить указанное действие **А**[[252]](#footnote-252).  1) Какие другие цели, которые могут конфликтовать с целью **G,** могут быть рассмотрены?  2) Какие альтернативные действия могут привести к цели **G**?  3) Какое действие (из **A** и альтернативных ему) будет наиболее эффективным?  4) Какие существуют основания полагать, что действие **А** является практически возможным?  5) Какие последствия осуществления действия **А** должны быть учтены[[253]](#footnote-253)? |
|  | Аргумент из экономии | **F** является наблюдением или предоставленным набором фактов; **E** является достаточным объяснением **F**; альтернативные объяснения **F**, которые были бы настолько же достаточными, как **E**, отсутствуют; таким образом **Е** допустимо в качестве гипотезы[[254]](#footnote-254). |
|  | Системный аргумент |
|  | Аргумент из полноты права |

1. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13. № 1. С. 88. [↑](#footnote-ref-1)
2. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода. С. 88. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Черданцев А.Ф.* Толкование советского права: Теория и практика. М., 1979. С. 24. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 182. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: генезис и эволюция реалистического подхода // Право и политика. 2017. № 12. С. 1 - 13. DOI: 10.7256/2454-0706.2017.12.25079 URL: https://nbpublish.com/library\_read\_article.php?id=25079 (дата обращения: 24.04.2021 г.) [↑](#footnote-ref-5)
6. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода. С. 75. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Тимошина Е. В.* Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник РУДН. 2016. № 2. С. 50-61. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Александров А. С.* Цель и средства аргументации в уголовном судопроизводстве // Юридическая техника. 2013. № 7. С. 57. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Carbonell F*. Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions, in Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives / ed. Dahlam Ch., Feteris E. Dordrecht: Springer, 2013. P. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Crottet B.* Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes // Jus Politicum. no. 7. 2012. URL: <http://juspoliticum.com/article/Une-tentative-de-reformulation-de-la-theorie-des-contraintes-451.html> (дата обращения: 24.04.2021 г.) [↑](#footnote-ref-10)
11. См., например: *Соболева А.К.* Судьи Европейского Суда по правам человека как «мужи-диалектики»: риторический контекст и платоновская теория именования // Международное правосудие. 2017. № 3 (23). С.34–46; *Ковлер А.И.* Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм? // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 6. С.90-100; *Ковлер А.И.* «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // Международное правосудие. 2013. № 6. С. 52-63. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Lécuyer Y*., Les critiques ataviques à l’encontre de la Cour européene des droits de l’homme. Chronique classé dans Droit européen des droits de l’homme, no. 53, 2019, pp. 1, 4-6., 7 URL: http://www.revuedlf.com/cedh/les-critiques-ataviques-a-lencontre-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/ (дата обращения: 24.04.2021 г.) [↑](#footnote-ref-12)
13. *Chiassoni P.* The Age of Discontent: the Revolt Against Interpretative Cognitivism, in Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence / ed. Pattaro E., Roversi C. Netherlands: Springer, 2016. Vol. 12. T. 2. P. 601. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода С. 88–89. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Ricoeur P.* Zu einer Hermeneutik des Rechts: Argumentation und Interpretation // Deutsche Zeitschrift für Philosophie. Т. 42. 1994. No. 3. P. 375-384. [↑](#footnote-ref-15)
16. Работа над эмпирическим исследованием проводилась совместно с А.В. Грачевой под руководством Е.В. Тимошиной. [↑](#footnote-ref-16)
17. Понятие «стиль судебной интерпретации» было сформулировано А. Россом (Альф Росс (Alf Ross, 10 июня 1899 – 17 августа 1979). А. Росс выделял (относительно) ограниченный и (относительно) свободный стили интерпретации в зависимости от степени признания свободы судьи в процессе толкования правовых директив, объективный и субъективный стили в зависимости от степени использования судьей в процессе толкования факторов, отличающихся от текста закона (*Ross A.* On Law and Justice. / ed. J. v. H. Holtermann. Oxford: Oxford University Press. – 2019. P. 162–166). [↑](#footnote-ref-17)
18. *Guastini, R*. Le réalisme juridique redéfini // Revus. 2013. No. 19. P. 113. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: генезис и эволюция реалистического подхода. URL: <https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=25079> (дата обращения: 21.02.2021 г.). [↑](#footnote-ref-19)
20. *Тимошина Е.В*. Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода. С. 74 – 75. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка / пер. с франц. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 196. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве // пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лёзова. СПб.: «Алеф-Пресс», 2014. С. 421–422. [↑](#footnote-ref-22)
23. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. С. 422. [↑](#footnote-ref-23)
24. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. С. 423–424. [↑](#footnote-ref-24)
25. *Ross A*. On Law and Justice. P. 128. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Васильева Н.С., Тимошина Е.В.* Общая теория судебного метода Альфа Росса // Парадигмы юридической герменевтики / под ред. Тонкова Е.Н., Честнова И.Л. СПб.: Алетейя, 2017. С. 288. [↑](#footnote-ref-26)
27. *Ross A*. On Law and Justice. P. 143 –157. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Ross A*. On Law and Justice. P. 159 –160. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании / пер. с франц. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 258–259. [↑](#footnote-ref-29)
30. *Кельзен Г*. Чистое учение о праве. С. 424. [↑](#footnote-ref-30)
31. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. С. 424–425. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. С. 426–427. [↑](#footnote-ref-32)
33. *Кельзен Г*. Чистое учение о праве. С. 425–426. [↑](#footnote-ref-33)
34. А. Росс выделяет культурную традицию в качестве одного из источников права. [↑](#footnote-ref-34)
35. *Ross A.* On Law and Justice. P. 160 –161. [↑](#footnote-ref-35)
36. *Ross A.* On Law and Justice. P. 162. [↑](#footnote-ref-36)
37. Значение, которое Кельзен придает термину «аутентичное толкование» отличается от его общепринятого в теории права определения как толкования органом, издавшим нормативный текст, выступающий объектом толкования. [↑](#footnote-ref-37)
38. *Кельзен Г*. Чистое учение о праве. С. 428. [↑](#footnote-ref-38)
39. *Луковская Д.И.* Об эволюции взглядов на судейское право во французской юриспруденции (конец XVIII – первая четверть XX века) // Правоведение. 2014. С. 249; *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 221. [↑](#footnote-ref-39)
40. Отто Пферсманн (Otto Pfersmann, род. 1954). [↑](#footnote-ref-40)
41. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 227-228. [↑](#footnote-ref-41)
42. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 224. [↑](#footnote-ref-42)
43. *Тимошина Е.В.* Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера. С. 50–61; *Антонов М.В*. Неореалистическая концепция М. Тропера и спор о правовых суждениях во французской правовой доктрине; *Антонов М.В.* О теории конституционного толкования Мишеля Тропера и его споре с Отто Пферсманном // Научный поиск. 2015. № 1.3. С. 17–22. [↑](#footnote-ref-43)
44. *Тимошина Е.В.* Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера. С. 51. [↑](#footnote-ref-44)
45. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании С. 218–272; *Troper M*. Réplique à Otto Pfersmann // Revue française de droit consitutionnel. 2002. No. 50. P. 335–353; *Pfersmann O*. Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper // Revue française de droit consitutionnel. 2002. No. 52. P. 759–788. [↑](#footnote-ref-45)
46. *Тропер М.* Конституционное толкование // Правоведение. 2012. № 4. С. 93. Имеется в виду скептицизм в отношении возможности доктринального юридического толкования, рассматривающего процесс интерпретации в качестве акта познания. [↑](#footnote-ref-46)
47. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1. С. 137. [↑](#footnote-ref-47)
48. Согласно Троперу, только верховный суд уполномочен осуществлять аутентичное толкование, поскольку нижестоящие суды должны следовать позиции высших инстанций по крайней мере в той части, в которой их решение может быть обжаловано. Для таких судов толкование будет являться когнитивной деятельностью, сравнимой с толкованием, осуществляемой индивидами при соблюдении правовых норм (*Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка. С. 199). [↑](#footnote-ref-48)
49. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 137. [↑](#footnote-ref-49)
50. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 137–138. [↑](#footnote-ref-50)
51. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 138; *Тропер М.* Конституционное толкование. С. 99. [↑](#footnote-ref-51)
52. *Пферсманн О*. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 258–259. [↑](#footnote-ref-52)
53. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 138. [↑](#footnote-ref-53)
54. Объектом толкования может быть текст (т.е. «*слова, которые выражают норму*»), но не непосредственно норма, поскольку норма не существует до акта ее толкования – она создается в процессе толкования, благодаря которому устанавливается заложенное в норму значение (*Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка. С. 198, 201). [↑](#footnote-ref-54)
55. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 139. [↑](#footnote-ref-55)
56. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 140. [↑](#footnote-ref-56)
57. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 139. [↑](#footnote-ref-57)
58. *Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка. С. 197-198. [↑](#footnote-ref-58)
59. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 140. [↑](#footnote-ref-59)
60. *Тропер М.* Конституционное толкование. С. 97. [↑](#footnote-ref-60)
61. *Тропер М*. Реалистическая теория толкования. С. 141. [↑](#footnote-ref-61)
62. «Тот, кто располагает абсолютным полномочием толкования писаного и неписаного права, является настоящим его творцом, творцом его предназначения и целей, каким не является тот, кто первый записал и озвучил соответствующие нормы» Цит. по: *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 142. [↑](#footnote-ref-62)
63. *Тропер М.* Конституционное толкование. С. 100–101. [↑](#footnote-ref-63)
64. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 142. [↑](#footnote-ref-64)
65. *Тропер М*. Конституционное толкование. С. 101. [↑](#footnote-ref-65)
66. *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 142. [↑](#footnote-ref-66)
67. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 261–264. [↑](#footnote-ref-67)
68. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 266–267. [↑](#footnote-ref-68)
69. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 268. [↑](#footnote-ref-69)
70. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 271. [↑](#footnote-ref-70)
71. Также используется перевод термина как «аргументативные» и «юридические сдержки». (*Антонов М. В.* Неореалистическая концепция М. Тропера и спор о правовых суждениях во французской правовой доктрине. С. 119). [↑](#footnote-ref-71)
72. *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2012. № 4. С. 191. [↑](#footnote-ref-72)
73. *Champeil-Desplats V., Troper M., Grzegorczyk Ch*. Théorie des contraintes juridiques // Bruxelles/Paris: Bruylant/LGDJ. 2005. P. 2–3 (цит. по: *Le Coustumer J-C.* Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques // Presses Universitaires de France. 2002. No. 36. P. 172). [↑](#footnote-ref-73)
74. *Champeil-Desplats V., Troper M., Grzegorczyk Ch*. Théorie des contraintes juridiques. P. 2–3 (цит. по: *Jouanjan O.* La théorie des contraintes juridiques de l’argumentation et ses contraintes // Presses Universitaires de France. 2011. No. 54. P. 37. [↑](#footnote-ref-74)
75. *Tusseau G.,* Le gouvernment [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l’art partage de ne pas pouvoir avoir toujours raison // Presses Universitaire de France. 2012. No. 55. P. 45–46. [↑](#footnote-ref-75)
76. *Tusseau G.,* Le gouvernment [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l’art partage de ne pas pouvoir avoir toujours raison. P. 50. [↑](#footnote-ref-76)
77. *Тропер М*. Реалистическая теория толкования. С. 142–143. [↑](#footnote-ref-77)
78. *Тропер М*. Реалистическая теория толкования. С. 143. [↑](#footnote-ref-78)
79. *Тропер М*. Свобода толкования у конституционного судьи. С. 193, 195. [↑](#footnote-ref-79)
80. *Le Coustumer J-C.* Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques. P. 173–174. [↑](#footnote-ref-80)
81. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода. С. 78. [↑](#footnote-ref-81)
82. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода. С. 75–88. [↑](#footnote-ref-82)
83. *Харт Г*. Понятие права. / пер. с англ., под ред. Афонасина Е.В. и Моисеева С.В. СПб: Изд-во С. – Петерб. ун-та, 2007. С. 131. [↑](#footnote-ref-83)
84. *Ricoeur P.* Zu einer Hermeneutik des Rechts: Argumentation und Interpretation // Deutsche Zeitschrift für Philosophie. Т. 42. 1994. No. 3. P. 375. [↑](#footnote-ref-84)
85. *Chiassoni P., Feteris E*. A Note on Terminology and purpose // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol 12 (2). Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Part 4. Legal Reasoning. / ed. by E. Pattaro. Dordrecht: Springer, 2016. P. 561–562. [↑](#footnote-ref-85)
86. *Feteris E., Kloosterhuis H.* The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory // Studies in Logic, Grammar and Rhetoric. 2009. Vol. 16. No. 29. P. 309–310. [↑](#footnote-ref-86)
87. *Feteris E., Kloosterhuis H.* The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory // Studies in Logic, Grammar and Rhetoric. 2009. Vol. 16. No. 29. P. 309–311. [↑](#footnote-ref-87)
88. Термин введен Р. Джонсоном(*Johnson R.* Revisiting the Logical/Dialectical/Rhetorical Triumvirate // OSSA Conference Archive. OSSA 8. P. 1–13). [↑](#footnote-ref-88)
89. *Feteris E.* Chapter 24. Advancing Reason to Its Further Borders.// A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol 12 (2). Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Part 4. Legal Reasoning. / ed. by E. Pattaro. Dordrecht: Springer, 2016.P. 675; *Johnson R.* Op. cit. P. 4; *Regh W.* Habermas, Argumentation Theory, and Science Studies: Toward Interdisciplinary Cooperation // Informal Logic. Vol. 23. 2003. No. 2. P. 172. [↑](#footnote-ref-89)
90. *Feteris E., Kloosterhuis H.* The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory // Studies in Logic, Grammar and Rhetoric. 2009. Vol. 16. No. 29. P. 312. [↑](#footnote-ref-90)
91. *Лисанюк Е.Н.* Аргументация в нормативных контекстах: подходы и проблемы // Коммуникация и образование. Сборник статей / под ред. С.И. Дудника. СПб., 2004. URL: http://anthropology.ru/ru/text/lisanyuk-en/argumentaciya-v-normativnyh-kontekstah-podhody-i-problemy (дата обращения: 24.04.2021 г.) [↑](#footnote-ref-91)
92. *Feteris E., Kloosterhuis H.* The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory. P. 313. [↑](#footnote-ref-92)
93. *Perelman G.* Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique. Paris: Dalloz, 1976. [↑](#footnote-ref-93)
94. *Самохина Е.* Генезис аргументативной теории (Х. Перельман): дис. … канд. юрид. наук, М., 2013. С. 80–81. [↑](#footnote-ref-94)
95. *Perelman, Chaim; Olbrechts-Tyteca, Luac.* The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation. Notre Dame — London, 1969. P. 84. (цит. по: *Соболева А.* Топическая юриспруденция. М.: «Добросвет», 2001. С. 26.). [↑](#footnote-ref-95)
96. *Chiasoni P., Feteris E., Kreuzbauer H.M.* Chapter 23. Taking Stock of the Past: Rhetoric, Topics, Hermeneutics // // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol 12 (2). Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Part 4. Legal Reasoning. / ed. by E. Pattaro. Dordrecht: Springer, 2016. P. 628–630. [↑](#footnote-ref-96)
97. *Chiasoni P., Feteris E., Kreuzbauer H.M.* Taking Stock of the Past: Rhetoric, Topics, Hermeneutics. P. 631–633, *Соболева А.* Топическая юриспруденция. С. 28-30. [↑](#footnote-ref-97)
98. *Соболева А.* Топическая юриспруденция. С. 85–175. [↑](#footnote-ref-98)
99. *Соболева А.* Топическая юриспруденция. С. 175. [↑](#footnote-ref-99)
100. *Лисанюк Е.Н.* Аргументация в нормативных контекстах: подходы и проблемы. URL: http://anthropology.ru/ru/text/lisanyuk-en/argumentaciya-v-normativnyh-kontekstah-podhody-i-problemy (дата обращения: 24.04.2021 г.) [↑](#footnote-ref-100)
101. *Feteris E., Kloosterhuis H.* The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory. Р. 315; *Лисанюк Е.Н.* Аргументация в нормативных контекстах: подходы и проблемы. URL: http://anthropology.ru/ru/text/lisanyuk-en/argumentaciya-v-normativnyh-kontekstah-podhody-i-problemy (дата обращения: 24.04.2021 г.) [↑](#footnote-ref-101)
102. *Feteris E., Kloosterhuis H.* The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory. Р. 315. [↑](#footnote-ref-102)
103. *Feteris E., Kloosterhuis H.* The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory. Р. 319-320. [↑](#footnote-ref-103)
104. *Eemeren F. H., Grootendorst R.* A Systemic Theory of Argumentation, The pragma-dialectical approach. New York: Cambridge University Press, 2004. P. 59–62. [↑](#footnote-ref-104)
105. *Eemeren F. H., Grootendorst R.* A Systemic Theory of Argumentation, The pragma-dialectical approach. P. 62; *Mochales R., Ieven A*. Creating an Argumentation Corpus: do Theories Apply to Real Arguments?: a Case Study on the Legal Argumentation of the ECHR // Proceedings of the 12th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL '09). 2009. P. 21–30. [↑](#footnote-ref-105)
106. См., напр.: *Walton D., Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. New York: Cambridge University Press, 2008. [↑](#footnote-ref-106)
107. *Macagno F.* Arguments of Interpretation and Argumentation Schemes. P. 56. [↑](#footnote-ref-107)
108. *Walton D., Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. P. 11. [↑](#footnote-ref-108)
109. Ошибкой аргументации является использование элементов, усложняющих достижение ее цели. (*Бондажевская Л.С.* Ошибки в аргументации: попытки определения и классификации // Логико-философские штудии. Т. 12. № 1. 2014.) [↑](#footnote-ref-109)
110. *Mochales R., Ieven A*. Creating an Argumentation Corpus: do Theories Apply to Real Arguments?: a Case Study on the Legal Argumentation of the ECHR. P. 25. [↑](#footnote-ref-110)
111. *Walton D*. Legal Argumentation and Evidence / D. Walton. PA: The Pennsylvania State University Press. 2002. P. 35–39. [↑](#footnote-ref-111)
112. Ibid. P. 39–41. [↑](#footnote-ref-112)
113. Ibid. P. 41–44. [↑](#footnote-ref-113)
114. Ibid. P. 44–50. [↑](#footnote-ref-114)
115. Ibid. P. 51–53. [↑](#footnote-ref-115)
116. Ibid. P. 53–56. [↑](#footnote-ref-116)
117. Ibid. P. 56–59. [↑](#footnote-ref-117)
118. *Walton D*. Legal Argumentation and Evidence. P. 59–63. [↑](#footnote-ref-118)
119. *Walton D*. Legal Argumentation and Evidence. P. 63–66. [↑](#footnote-ref-119)
120. *Walton D*. Legal Argumentation and Evidence. P. 66–73. [↑](#footnote-ref-120)
121. В частности, классификации следующих авторов: *MacCormick N., Summers R.* Interpreting Statutes: a Comparative Study. Aldershot: Dartmouth, 1991; *MacCormick N.,* Argumentation and Interpretation in Law // Argumentation. 1995. No. 9(3). P. 467-480; *Tarello G*. L’interpretazione della legge. Milano: Giuffé, 1980. [↑](#footnote-ref-121)
122. *Macagno F.* Arguments of Interpretation and Argumentation Schemes // Studies on Argumentation and Legal Philosophy: Further Steps Towards a Pluralistic Approach / ed. by М. Manzin,  F. Puppo, S. Tomasi. Napoli: Editoriale scientifica, 2015. P. 53. [↑](#footnote-ref-122)
123. *Macagno F., Walton D.* Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes // International Journal of Legal Discourse. 2017. No. 2(1). P. 80. [↑](#footnote-ref-123)
124. *Macagno F., Walton D.* Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. P. 25–26. [↑](#footnote-ref-124)
125. Указанные аргументативные схемы были выделены в качестве наиболее распространенных при проведении эмпирического исследования практики Конституционного суда Российской Федерации и ЕСПЧ, осуществленного совместно с А.В. Грачевой под руководством Е.В Тимошиной, в рамках гранта «Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации: 2019 г. Этап 2». Также указанные аргументативные схемы отмечались в качестве наиболее распространенных в рамках иных эмпирических исследованиях практики ЕСПЧ (см. например: *Mochales R., Ieven A*. Creating an Argumentation Corpus: do Theories Apply to Real Arguments?: a Case Study on the Legal Argumentation of the ECHR. P. 21–30). [↑](#footnote-ref-125)
126. ECtHR. *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*. Application no. 31–32/1997/815–816/1018–1019). Judgment of 30 July 1998. [↑](#footnote-ref-126)
127. ECtHR. *I. v. the United Kingdom.* Application no. 25680/94. Judgment of 11 July 2002. § 64. [↑](#footnote-ref-127)
128. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. P. 121. [↑](#footnote-ref-128)
129. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. P. 126. [↑](#footnote-ref-129)
130. См. например: EСtHR. *Beldjoudi v. France.* Application no. 12083/86. Judgment of 26 March 1992. § 73; ECtHR. *Jahn and Others v. Germany*. Application no. 46720/99, 72203/01, 72552/01. Judgment of 22 January 2004. § 80; EСtHR. *Connors v. the United Kingdom.* Application no. 66746/01. Judgment of 27 May 2004. § 82; ECtHR. *Draon v. France*. Application no. 1513/03. Judgment of 6 October 2005. § 108. [↑](#footnote-ref-130)
131. ECtHR. *Casado Coca v. Spain.* Application no. 15450/89. Judgment of 24 February 1994. § 55. [↑](#footnote-ref-131)
132. *Macagno F., Walton D*. Op. cit. P. 21-22. [↑](#footnote-ref-132)
133. *Macagno F., Walton D*. Op. cit. P. 14, 16. [↑](#footnote-ref-133)
134. См. например: ECtHR. *Demir and Baykara v. Turkey.* Application no. 34503/97. Judgment of 21 November 2006. § 31-32; ECtHR. *Bistrović v. Croatia.* Application no. 25774/05. Judgment of 31 May 2007.§ 33. Более подробно использование Судом эволютивного толкования описано в Главе 3, § 1 настоящей работы. [↑](#footnote-ref-134)
135. ECtHR. *I. v. the United Kingdom.* Application no. 25680/94. Judgment of 11 July 2002. § 54. [↑](#footnote-ref-135)
136. *Macagno F., Walton D*. Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. P. 20. [↑](#footnote-ref-136)
137. Ibid. [↑](#footnote-ref-137)
138. ECtHR. *Andrle v. the Czech Republic.* Application no. 6268/08. Judgment of 17 February 2011. § 60. [↑](#footnote-ref-138)
139. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F*. Argumentation Schemes. P. 56. [↑](#footnote-ref-139)
140. Ibid. [↑](#footnote-ref-140)
141. *Macagno F., Walton D*. Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. P. 51. [↑](#footnote-ref-141)
142. См. например: ECtHR. *The Holy Monasteries v. Greece.* Application no. 13092/87, 13984/88. Judgment of 9 December 1994.§ 70; ECtHR. *Selistö v. Finland.* Application no. 56767/00. Judgment of 16 November 2004. § 47. [↑](#footnote-ref-142)
143. В рамках исследования мы придерживались позиции о том, что пропорциональность представляет собой «принцип второго порядка». Более подробно см.: *Вайпан Г. В.* Принцип пропорциональности в современном международном праве: дис. … канд. юрид. наук. М., 2017. С. 18–26. Более подробно использование Судом принципа пропорциональности в аргументации описано в Главе 3, § 1 настоящей работы. [↑](#footnote-ref-143)
144. Более подробно см. § 1 главы 3. [↑](#footnote-ref-144)
145. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F*. Argumentation Schemes. P. 100. [↑](#footnote-ref-145)
146. *Carbonell F*. Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions. P. 3. [↑](#footnote-ref-146)
147. Ibid. P. 4–5. [↑](#footnote-ref-147)
148. ECtHR. *Wingrove v. the United Kingdom.* Application no. 17419/90. Judgment of 25 November 1996. § 63. [↑](#footnote-ref-148)
149. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. P. 66. [↑](#footnote-ref-149)
150. Однако, в первичную выборку решений ЕСПЧ не были включены решения, в которых аргумент из классификации или определения был бы использован способом, соотносимым с реалистическим стилем. В частности, случаи использования аргумента из определения в контексте автономного толковании терминов Конвенции (см., напр.: ECtHR. *Hokkanen v. Finland.* Application no. 19823/92. Judgment of 23 September 1994. § 54; ECtHR. *Welch v. the United Kingdom.* Application no. 17440/90. Judgment of 9 February 1995. § 27–28.) были соотнесены с формалистским стилем, поскольку автономное толкование связано с познанием смысла терминов, которые заложены в правовой текст Конвенции, а не смысла, придаваемого им в практике государств-членов Конвенции (*Туманов В. А.* Автономное толкование понятий в практике Европейского Суда по правам человека // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003. № 3. С. 79; *Блохин П. Д.* Автономное толкование понятий в практике Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда РФ : сравнительное исследование // Журнал «Закон». 2019. № 6. С. 63.). [↑](#footnote-ref-150)
151. *Macagno F., Walton D*. Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. P. 16. [↑](#footnote-ref-151)
152. Ibid. P. 17–18. [↑](#footnote-ref-152)
153. Однако, в первичную выборку решений ЕСПЧ не были включены решения, в которых натуралистический аргумент был бы использован способом, соотносимым с реалистическим стилем. [↑](#footnote-ref-153)
154. *Alland D.* Théorie réaliste de l’interpretation et des contraintes juridiques à l’épreuve du droit international public. // Presses Universitaires de France. 2012. No. 55. P. 87, 89. [↑](#footnote-ref-154)
155. ECtHR. *Loizidou v. Turkey*. Application no. 15318/89. Judgment of 23 March 1995. § 75; *Greer S., Wildhaber L*. Revisiting the Debate about ‘constitutionalizing’ the European Court of Human Rights. // Human Rights Law Review. 2012. No. 12. P. 667–670; *Герардс Я., Сенден Х*. Структура основных прав и Европейский Суд по правам человека. // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 3(76). С. 47. [↑](#footnote-ref-155)
156. К реализму были отнесены те решения, в которых присутствовал хотя бы один аргумент, соотносимый с реалистическим стилем аргументации. [↑](#footnote-ref-156)
157. *Ковлер, А.И.* Европейская Конвенция: проблемы толкования и имплементации: монография. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : Норма : ИНФРА-М, 2019. // СПС «КонсультантПлюс». [↑](#footnote-ref-157)
158. См. также: ECtHR. *Drozd and Janousek v. France and Spain.* Application no. 12747/87. Judgment of 26 June 1992, § 91; ECtHR. *The Cyprus v. Turkey*. Application no. 25781/94. Judgment of 10 May 2001. § 80. [↑](#footnote-ref-158)
159. ECtHR. *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*. Application no. 15318/89. Judgment of 23 mars 1995. § 62. [↑](#footnote-ref-159)
160. Примечательно, что в деле «Банкович и другие против Бельгии» ЕСПЧ осуществляет подробный анализ ст. 1 Конвенции, используя аргументы, подчеркивающее когнитивный характер акта толкования. В частности, Суд обращается к правилам толкования, предусмотренным Венской Конвенцией: толкование в свете объекта и цели, необходимость учитывать любые соответствующие нормы международного права, анализ подготовительных работ (*travaux préparatoires*), обращение к обычному значению фразы «под их юрисдикцией» (ECtHR. *Bankoviç and others v. Belgium and Others*. Decision as to the Admissibility of 12 December 2001. Application no. 52207/99. § 56-66). [↑](#footnote-ref-160)
161. ECtHR. *Bankoviç and others v. Belgium and Others*. § 71. [↑](#footnote-ref-161)
162. ECtHR. *Bankoviç and others v. Belgium and Others*. § 80. [↑](#footnote-ref-162)
163. ECtHR. *Al-Skeini and Others* *v. the United Kingdom.* Application no. 55721/07. Judgment. 7 July 2011. § 130-148. [↑](#footnote-ref-163)
164. ECtHR. *Al-Skeini and Others* *v. the United Kingdom*. § 149-150. [↑](#footnote-ref-164)
165. П. 1 ст. 32 Конвенции. [↑](#footnote-ref-165)
166. *Коваленко С.И.* Теоретико-практические аспекты эволюционного толкования Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в практике Европейского суда по правам человека. С. 23. [↑](#footnote-ref-166)
167. *Ковлер А. И.* Эволютивное толкование Европейской конвенции по правам человека: возможности и пределы. Европейский суд по правам человека как субъект толкования права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 3. С. 97. [↑](#footnote-ref-167)
168. ECtHR. *Orlandi and others v. Italy*. Application no. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12*.* Judgment of 14 December 2017. Dissenting opinion of Judges Pejchal and Wojtyczek, § 14. [↑](#footnote-ref-168)
169. *Dzehtsiarou K.* European Consensus and Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights // German Law Journal. 2011. Vol. 12. No. 10. P. 1734; *Ковлер А. И.* Эволютивное толкование Европейской конвенции по правам человека: возможности и пределы. Европейский суд по правам человека как субъект толкования права. С. 97. [↑](#footnote-ref-169)
170. Данный вопрос является дискуссионным. В частности, С.И. Коваленко придерживается позиции о том, что Венская Конвенция представляет нормативные основания для применения эволютивного толкования (см.: *Коваленко С.И.* Теоретико-практические аспекты эволюционного толкования Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в практике Европейского суда по правам человека. C. 66–87). [↑](#footnote-ref-170)
171. Более подробно см. Главу 2, § 2 настоящей работы. [↑](#footnote-ref-171)
172. *Коваленко С.И.* Теоретико-практические аспекты эволюционного толкования Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в практике Европейского суда по правам человека. С. 27. [↑](#footnote-ref-172)
173. ECtHR. *Tyrer v. United Kingdom*. Application no. 5856/72. Judgment of 25 April 1978. § 31. [↑](#footnote-ref-173)
174. Эволютивное толкование используется при рассмотрении нарушений, в частности, ст. 3 (запрет пытки), ст. 6 (право на справедливое судебное разбирательство), ст. 5 (право на свободу и личную неприкосновенность), ст. 8 (право на уважение частной жизни) Конвенции (*Dzehtsiraou K.* European Consensus and Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. P. 1731–1732). [↑](#footnote-ref-174)
175. ECtHR. *Emonet and Others v. Switzerland.* Application no. 39051/03. Judgment of 3 December 2007. § 66. [↑](#footnote-ref-175)
176. В качестве иного примера также возможности привести дело «Джонстон и другие против Ирландии», в котором Суд отказался констатировать закрепление в Конвенции права на развод с помощью эволютивного толкования, поскольку намерение гарантировать указанное право не следует из подготовительных работ к Конвенции (ECtHR. *Johnston and others v. Ireland*. Application no. 9697/82. Judgment of 18 December 1986. § 53, 57). [↑](#footnote-ref-176)
177. В целом, Суд допускает возможность изменения текста Конвенции на основе изменяющейся практики государств-членов Совета Европы (*Коваленко С.И.* Теоретико-практические аспекты эволюционного толкования Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в практике Европейского суда по правам человека. С. 80). [↑](#footnote-ref-177)
178. См. например: ECtHR. *I. v. the United Kingdom.* Application no. 25680/94. Judgment of 11 July 2002. § 54. [↑](#footnote-ref-178)
179. Более подробно см. Главу 3, § 2 настоящей работы. [↑](#footnote-ref-179)
180. *Вайпан Г. В.* Принцип пропорциональности в современном международном праве. С. 152. [↑](#footnote-ref-180)
181. Пп. «с» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда. [↑](#footnote-ref-181)
182. *Вайпан Г. В*. Принцип пропорциональности в современном международном праве. С. 175. [↑](#footnote-ref-182)
183. ECtHR. *Nachova and Others v. Bulgaria.* Application no. 43577/98 and 43579/98. Judgment of 26 February 2004. § 54. [↑](#footnote-ref-183)
184. ECtHR. *Fedorenko v. Ukraine.* Application no. 25921/02. Judgment of 1 June 2006. § 28. [↑](#footnote-ref-184)
185. См. например: ECtHR. *Connors v. the United Kingdom.* Application no. 66746/01. Judgment of 27 May 2004. § 81. [↑](#footnote-ref-185)
186. *Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода. С. 81–82. [↑](#footnote-ref-186)
187. Так, в деле «Масхадова и другие против России» ЕСПЧ определяет необходимость как отсутствие альтернативных мер, которые причиняют меньший ущерб затрагиваемому праву, но достигают ту же самую цель, что и оспариваемая мера. (ECtHR. *Maskhadova and Others v. Russia*. Application no. 18071/05. Judgment of 6 June 2013. § 223.) [↑](#footnote-ref-187)
188. ECtHR. *Sanchez Cardenas v. Norway*. Application no. 12148/03. Judgment of 4 October 2007. § 39. [↑](#footnote-ref-188)
189. Например, в деле Оксуоглу против Турции (как и во многих других делах по ст. 10 Конвенции) ЕСПЧ указал, что он заимствует «фундаментальные принципы» толкования ст. 10 Конвенции, использованные им в деле «Зана против Турции», и строит свою аргументацию на их основании (ECtHR. *Okçuoğlu v. Turkey*. Application no. 24246/94. Judgment of 8 July 1999. § 43). [↑](#footnote-ref-189)
190. См., например: ECtHR. *Coster v. the United Kingfom.* Application no. 24876/94. Judgment of 18 January 2001. § 84; ECtHR. *Hermann v. Germany.* Application no. 9300/07. Judgment of 26 June 2012. § 78. [↑](#footnote-ref-190)
191. ECtHR. *Alekseyev v. Russia.* Application no. 4916/07, 25924/08, 14599/09. Judgment of 21 October 2010. § 62. [↑](#footnote-ref-191)
192. ECtHR. *Alekseyev v. Russia*. § 80. [↑](#footnote-ref-192)
193. ECtHR. *Vejdeland and Others v. Sweden.* Application no. 1813/07. Judgment of 9 February 2012. § 23–40. [↑](#footnote-ref-193)
194. ECtHR. *Vejdeland and Others v. Sweden*. § 54. [↑](#footnote-ref-194)
195. ECtHR. *Vejdeland and Others v. Sweden.* § 56–58. [↑](#footnote-ref-195)
196. Ссылки на дело «Алексеев против России» приводятся только в конкурирующем мнении судьи Спьелманна совместно с судьей Нуссбергером (ECtHR. *Vejdeland and Others v. Sweden.* Concurring opinion of Judge Spielmann Joined by Judge Nussberger. § 15). [↑](#footnote-ref-196)
197. *Brunet P., Champeil-Desplats V.* La théorie des contraintes juridiques face à la théorie des sources du droit // in Les sources du droit revisitées, Volume 4: La théorie des sources du droi*t*, sous la direction de Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, I. Hachez, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, F.U.S.L., Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2012. P. 15–19. [↑](#footnote-ref-197)
198. *Alland D.* Théorie réaliste de l’interpretation et des contraintes juridiques à l’épreuve du droit international public. P. 94. [↑](#footnote-ref-198)
199. *Alland D.* Théorie réaliste de l’interpretation et des contraintes juridiques à l’épreuve du droit international public. P. 95. [↑](#footnote-ref-199)
200. *Alland D.* Théorie réaliste de l’interpretation et des contraintes juridiques à l’épreuve du droit international public. P. 96. [↑](#footnote-ref-200)
201. Так, в 2018 году количество неисполненных решения ЕСПЧ составило 6151 решение, причем данный показатель почти в два раза меньше максимального числа неисполненных решений, который был достигнут в 2012 году – 11099 решений. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3933154> (дата обращения: 24.04.2021 г.). [↑](#footnote-ref-201)
202. Со вступлением в силу Протокола № 15 к Конвенции, принцип субсидиарности и свобода усмотрения государств получат свое закрепление на уровне преамбулы Конвенции. Данный пример также иллюстрирует влияние креативного толкования в практике Суда на дальнейшее формирование конвенционного механизма. Впервые принцип субсидиарности был сформулирован ЕСПЧ в деле «Относительно некоторых аспектов законодательства об использовании языков в образовании в Бельгии»: «[Суд] не может проигнорировать те правовые и фактические особенности, которые характеризуют жизнь общества в государстве, которое, как Договаривающаяся сторона, должно отвечать за оспариваемую меру. Поступая таким образом он не может брать на себя роль компетентных национальных органов власти, что подорвало бы субсидиарную природу международного механизма коллективного правоприменения, установленного Конвенцией. Национальные органы государственной власти вправе в вопросах, регулируемых Конвенцией выбирать меры, которые они считают целесообразными. Суд проверяет только соответствие указанных мер требованиям Конвенции» (ECtHR. *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium (Merits)*. Application no. 1474/62 et al. 23 July 1968. § 10). [↑](#footnote-ref-202)
203. *Besson S.* Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights? // The American Journal of Jurisprudence. Vol. 61. No. 1. 2016. P. 79. [↑](#footnote-ref-203)
204. ECtHR, *Vučković and Others v. Serbia (preliminary objection).* Application no. 17153/11 et al. Judgment of 25 March 2014. § 69. [↑](#footnote-ref-204)
205. *Besson S.* Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights? P. 80. [↑](#footnote-ref-205)
206. См., напр.: ECtHR, *S.A.S. v. France*, Application no. 43835/11.Judgment (Grand Chamber) of 1 July 2014, § 129. [↑](#footnote-ref-206)
207. *Besson S.* Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights? P. 81. [↑](#footnote-ref-207)
208. Ibid. P. 82. [↑](#footnote-ref-208)
209. *Dzehtsiarou K.* European Consensus and Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. P. 1733. [↑](#footnote-ref-209)
210. ECtHR. *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*. Application no. 31–32/1997/815–816/1018–1019). Judgment of 30 July 1998. § 58. [↑](#footnote-ref-210)
211. ECtHR. *I. v. the United Kingdom.* Application no. 25680/94. Judgment of 11 July 2002. § 64. Аналогичная позиция была принята Cудом в деле «Кристин Гудвин против Соединенного Королевства» (ECtHR. *Christine Goodwin v. the United Kingdom*. Application no. 28957/95. Judgment of 11 July 2002. § 84). Последнее дело вызвало критику со стороны ученых в связи с тем, что ЕСПЧ фактически «пропустил» этап обоснования существования оспариваемого права, рассмотрев его исключительно в контексте оценки правомерности вмешательства. (*Герардс Я., Сенден Х*. Структура основных прав и Европейский Суд по правам человека. С. 45–46.) [↑](#footnote-ref-211)
212. См. например: *Лондрас Ф., Дегтярев К.* «A., B. и С. против Ирландии»: возникновение блокирующего внутригосударственного консенсуса». // Международное правосудие. 2013. № 1. C. 23–35. [↑](#footnote-ref-212)
213. Например, Суд не признал аналогичные аргументы государства-ответчика в делах «Тайрер против Соединенного Королевства» (ECtHR. *Tyrer v. the United Kingdom*. Application no. 5856/72. Judgment of 25 April 1978), «Даджеон против Соединенного Королевства» (ECtHR. *Dudgeon v. the United Kingdom*. Application no. 7525/76. Judgment of 23 September 1981). [↑](#footnote-ref-213)
214. ECtHR, *A, B and C v Ireland*. Application no. 25579/05. Judgment (Grand Chamber) of 16 December 2010. §113. [↑](#footnote-ref-214)
215. ECtHR. *A, B and C v. Ireland*, Application no. 25579/05. Judgment (Grand Chamber) of 16 December 2010. §54, 126, 185–186, 235–239. [↑](#footnote-ref-215)
216. ECtHR. *A, B and C v. Ireland*. Application no. 25579/05. Judgment (Grand Chamber) of 16 December 2010. Joint Partly Dissenting Opinion Of Judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni And Poalelungi. § 9. [↑](#footnote-ref-216)
217. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F*. Argumentation Schemes. P. 343. [↑](#footnote-ref-217)
218. Ibid. [↑](#footnote-ref-218)
219. Ibid. [↑](#footnote-ref-219)
220. Ibid. P. 73. [↑](#footnote-ref-220)
221. Ibid. [↑](#footnote-ref-221)
222. Ibid. [↑](#footnote-ref-222)
223. Ibid. P. 62. [↑](#footnote-ref-223)
224. *Macagno F., Walton D*. Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. P. 10. [↑](#footnote-ref-224)
225. Ibid. P. 11. [↑](#footnote-ref-225)
226. Ibid. P. 13. [↑](#footnote-ref-226)
227. Аргумент из словесной классификации рассматривается вместе с аргументом из определения, в связи со схожестью аргументативных схем. [↑](#footnote-ref-227)
228. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. P. 68. [↑](#footnote-ref-228)
229. Ibid. [↑](#footnote-ref-229)
230. Ibid. P. 321. [↑](#footnote-ref-230)
231. Ibid. [↑](#footnote-ref-231)
232. Ibid*.* P. 310. [↑](#footnote-ref-232)
233. Ibid. [↑](#footnote-ref-233)
234. Ibid. P. 101. [↑](#footnote-ref-234)
235. Ibid. P. 102. [↑](#footnote-ref-235)
236. Ibid. P. 168. [↑](#footnote-ref-236)
237. Ibid. P. 168. [↑](#footnote-ref-237)
238. Ibid. P. 314. [↑](#footnote-ref-238)
239. *Walton D*. Legal Argumentation and Evidence. P. 46 [↑](#footnote-ref-239)
240. Ibid. P. 46 [↑](#footnote-ref-240)
241. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. P. 314. [↑](#footnote-ref-241)
242. Ibid. [↑](#footnote-ref-242)
243. *Walton D*. Legal Argumentation and Evidence. P. 37. [↑](#footnote-ref-243)
244. *Macagno F., Walton D*. Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. P. 8. [↑](#footnote-ref-244)
245. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. P. 327. [↑](#footnote-ref-245)
246. *Macagno F., Walton D*. Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. P. 15. [↑](#footnote-ref-246)
247. *Macagno F., Walton D*. P. 17. [↑](#footnote-ref-247)
248. *Macagno F., Walton D*. P. 18. [↑](#footnote-ref-248)
249. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. P. 311. [↑](#footnote-ref-249)
250. Ibid. P. 324. [↑](#footnote-ref-250)
251. Ibid. P. 324. [↑](#footnote-ref-251)
252. *Macagno F., Walton D*. Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. P. 8. [↑](#footnote-ref-252)
253. *Walton D.* *Reed Ch., Macagno F.* Argumentation Schemes. P. 323. [↑](#footnote-ref-253)
254. *Macagno F., Walton D*. Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. P. 23. [↑](#footnote-ref-254)