

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М. В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Урошлева Александра Сергеевна

**Аргументация решений органов конституционного правосудия:
основные элементы теории**

Специальность 5.1.2. – Публично-правовые (государственно-
правовые) науки

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, доцент
Троицкая Александра Алексеевна

Москва - 2023

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ АРГУМЕНТАЦИИ РЕШЕНИЙ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ	21
§ 1.1. Специфика решений органов конституционного правосудия как объектов теории аргументации.....	21
1.2. Подходы к аргументации в практике конституционного правосудия ..	47
§ 1.3. Цель и функции аргументации решений органов конституционного правосудия	86
§ 1.4. Проблематика мета-аргументации в конституционном правосудии	107
ГЛАВА 2. ПАТТЕРНЫ МЕТА-АРГУМЕНТАЦИИ В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ	128
§ 2.1. Баланс конституционно-правовых интересов и соразмерность ограничения прав и свобод	128
§ 2.2. Доктрина конституционной идентичности как паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии	149
§ 2.3. Эволютивный подход в аргументации решений органов конституционного правосудия	176
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	195
БИБЛИОГРАФИЯ	201

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы диссертационного исследования. Решения органов конституционного контроля в современных правовых системах, в первую очередь в странах, конституционно определяемых в качестве демократических правовых государств, включая Российскую Федерацию, обладают многофункциональным значением.

Решения органов конституционного контроля играют важную роль в обеспечении гарантий конституционных прав и свобод человека, баланса публичных и частных интересов в конфликтных ситуациях, принципа разделения властей с точки зрения вовлечения таких органов в систему властных сдержек и противовесов. Органы конституционного контроля выступают «стражами» конституционного правового порядка, реализуя охрану конституционных положений в качестве «негативного» законодателя; конкретизируют, наполняют новым смыслом конституционные нормы в рамках толкования последних при разрешении дел, интегрируя собственные правовые позиции в нормативное регулирование. Кроме того, через практику (без вмешательства в текст основного закона), или непосредственно – в рамках предварительного конституционного контроля органы конституционной юстиции участвуют в процессе конституционных изменений.

Так, Законом Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14.03.2020 г. № 1-ФКЗ за Конституционным Судом Российской Федерации было закреплено полномочие по предварительному конституционному контролю поправок к Конституции РФ. Теперь, согласно части 5.1 статьи 125 Конституции Российской Федерации¹ Конституционный Суд Российской Федерации по запросу Президента РФ проверяет среди прочего конституционность проектов законов РФ о поправке к Конституции РФ. При этом реализация предварительного конституционного контроля

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020). URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2020 (дата обращения: 05.11.2022).

российским Конституционным Судом в отношении указанного Закона о поправке состоялась до прямого закрепления в тексте Конституции такого полномочия, – на основании специальных положений Закона о поправке и *de facto* аргументации соответствующего заключения Суда, что свидетельствует о выходе органа конституционного правосудия за рамки «негативного законодателя» и необходимости обеспечения качественного обоснования принимаемых таким органом решений².

Уже только кратко обрисованная выше значимость решений органов конституционного контроля для функционирования правопорядка свидетельствует об актуальности теоретической проработки вопросов, связанных с реализацией конституционного контроля в части аргументации соответствующих решений.

Между тем, несмотря на указанную значимость решений органов конституционного контроля, в отечественной доктрине остаются малоисследованными вопросы аргументации таких решений. При этом аргументация составляет в рамках реализации конституционного правосудия (контроля), как и для большинства видов юридической деятельности в принципе, ключевой, наиболее сложный и обеспечивающий при этом результативность деятельности элемент. Аргументация в данном случае воспринимается прежде всего в качестве интеллектуальной деятельности судей органов конституционного контроля по обоснованию решений – приведению доводов в пользу принятия именно такого решения, каким оно в итоге воспринимается аудиторией, то есть в том виде, в каком решение оглашает суд и в каком оно подлежит опубликованию. В то же время аргументация решений является также речевой, социальной и познавательной деятельностью, как будет в дальнейшем показано в настоящей работе.

² См. подробнее: Джагарян А. А. Исправленному верить? Субъективные заметки в связи с Заключением Конституционного Суда РФ от 16 марта 2020 г. № 1-3 // Конституционное и муниципальное право. 2020. № 8. С. 9-17.

В связи со значением аргументации, заключающемся в первую очередь в обеспечении результата рассмотрения конституционно-правового дела, целесообразной является теоретическая проработка вопроса об основных требованиях к ее осуществлению. Учитывая при этом, что отечественная теория аргументации не содержит детальных исследований, посвященных непосредственно конституционному правосудию, а наука конституционного права ориентирована на сегодняшний день в основном на исследование статусных характеристик органов конституционного контроля или практики по отдельным категориям дел, а не общих подходов к правилам осуществления аргументации, актуальным и перспективным направлением научной деятельности представляется анализ решений органов конституционного контроля в качестве объектов теории аргументации с выявлением соответствующих специфических характеристик таких решений в контексте их конституционно-правового обоснования, а также изучение и определение ключевых теоретических аспектов аргументации указанных решений: подходов к аргументации, ее цели и функций, мета-аргументации и ее соответствующих элементов, включая специальные паттерны мета-аргументации в конституционном правосудии с учетом опоры на эмпирические данные – практику конституционного правосудия, и доктрину.

Стоит обозначить, что в рамках настоящего диссертационного исследования внимание в основном сосредоточено на решениях судебных органов конституционного контроля³, поскольку, как правило, функция правосудия (судебного контроля)⁴ реализуется с большей степенью широты аргументации (в сравнении с осуществлением конституционного контроля несудебными органами), что объясняется в том числе самим характером

³ В некоторых странах конституционный контроль реализуется несудебными органами (в Китае, например, Всекитайское собрание народных представителей исполняет обязанности контроля за соблюдением Конституции; в Финляндии конституционный контроль сводится к предварительному и его осуществляет конституционный комитет парламента и др.).

⁴ См. подробнее о рассмотрении в качестве отдельных функций судебной власти функции осуществления правосудия и судебного контроля: *Герасимова А. А.* Функции судебной власти в механизме современного российского государства. Автореф. дисс. к. ю. н. Саратов. 2012. С. 24.

судебной деятельности (включая процессуальную составляющую, предполагающую прямое столкновение позиций сторон).

Определение критериев качественной аргументации в конституционном правосудии нацелено на минимизацию рисков манипулятивного использования аргументационных приемов для принятия решений по исключительно политическим соображениям в русле реализации курса правящих сил. Аргументация решений органов конституционного контроля должна способствовать обеспечению их статуса «хранителей» конституционного правопорядка, институционально выступающих звеном системы сдержек и противовесов в рамках разделения властей и принципа верховенства права, в частности – конституции.

Более того, определение аргументативных границ, построение теории аргументации в конституционном правосудии ориентировано на оптимизацию процесса аргументации в конституционном правосудии как с точки зрения повышения свойства его объективности, так и с точки зрения процессуальной экономии (в контексте обеспечения принципа правовой определенности и снижения количества дел по сходным ситуациям).

Об актуальности теоретического осмысления, систематизации правил аргументации в рамках российского конституционного правосудия свидетельствует также опубликованный в октябре 2021 года Конституционным Судом РФ (подготовленный Секретариатом) анализ методологических приемов обоснования решений⁵.

Степень научной разработанности темы диссертационного исследования. Вопросами деятельности органов конституционного контроля в отечественной правовой науке занимаются многие исследователи. Например, таким аспектам обозначенной сферы научного знания как правовой статус органов конституционного контроля, юридическая природа их

⁵ Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации). Одобрено решением Конституционного Суда Российской Федерации от 19 октября 2021 года. URL: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf](http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf) (дата обращения: 10.05.2022). С. 11-12.

решений, толкование конституции и иных правовых норм сообразно конституции, а также рассмотрению точечных вопросов аргументации по отдельным категориям дел или исследованию отдельных методологических приемов обоснования решений посвящены труды С. А. Авакьяна, Е. С. Аничкина, Н. С. Бондаря, Н. В. Витрука, Г. А. Гаджиева, А. А. Джагаряна, А. В. Должикова, В. Д. Зорькина, О. М. Ивановой, А. Н. Кокотова, И. А. Кравца, В. И. Крусса, В. А. Кряжкова, О. Н. Кряжковой, Л. В. Лазарева, В. О. Лучина, Н. С. Малютина, Т. Г. Морщаковой, А. А. Петрова, Б. А. Страшуна, Е. В. Тарибо, В. Л. Толстых, А. А. Троицкой, В. А. Туманова, Т. Я. Хабриевой, Д. Г. Шустрова и других.

В дореволюционных трудах, что касается темы настоящего диссертационного исследования, обсуждались вопросы юридических конструкций как логических типов построения материала в работах М. М. Гродзинского, Н. М. Коркунова, П. И. Люблинского, С. Г. Фельдштейна.

При этом в фокусе отечественных правоведов редко оказывается на сегодняшний день непосредственно вопрос аргументации решений в рамках осуществления конституционного правосудия с позиций детального выявления теоретических аспектов такой аргументации и исследования конкретных аргументативных практик. Вопросами назначения аргументации, подходов к аргументации и оснований обоснования решений задаются в отдельных работах С. А. Белов, А. К. Соболева, А. М. Чирнинов.

В зарубежной литературе проблематика юридической аргументации в области конституционного контроля разработана в большей степени, в частности в трудах таких зарубежных исследователей как Р. Алекси (R. Alexey), А. Аарнио (A. Aarnio), Ф. Боббит (P. Bobbit), Д. Гримм (D. Grimm), Р. Дворкин (R. Dworkin), А. Якоб (A. Jakob), А. Дювре (A. Duovre), Д. Ицкович (G. Itzcovich), Н. МакКормик (N. MacCormick), О. Пферсманн (O. Pfersmann), М. Тропер (M. Troper), А. Фридман (A. Friedman), А. Фоскуле (A. Voßkuhle), Э. Л. Хирш (E. L. Hirsch) и других.

Однако, несмотря на наличие ряда исследований по обозначенной проблематике, до настоящего момента не представлено системной теории аргументации решений органов конституционного контроля, в которой бы последовательно отражалась специфика таких решений как объектов соответствующей теории, выделялись ключевые теоретические аспекты аргументации по типу ее цели, функций и т. д. с учетом анализа реальных аргументативных практик.

Таким образом, проблематика, рассматриваемая в настоящей работе, еще не нашла должного доктринального освещения в современной юридической науке, что обуславливает необходимость проведения всестороннего конституционно-правового исследования, посвященного теории аргументации решений органов конституционного правосудия.

Цель диссертационного исследования заключается в том, чтобы сформировать основные элементы теории аргументации решений органов конституционного правосудия на основе исследования различных аспектов аргументации таких решений исходя из соответствующего эмпирического материала в виде практики конституционного правосудия различных стран с учетом релевантных доктринальных разработок в областях конституционного права и аргументации.

Задачами исследования, которые необходимо выполнить для достижения поставленной цели, являются:

- установление специфических характеристик решений органов конституционного контроля как объектов теории аргументации;
- анализ ключевых подходов к моделированию и осуществлению аргументации органами конституционного правосудия;
- выявление цели аргументации решений органов конституционного правосудия на основе теоретических исследований и судебной практики;
- определение ключевых функций аргументации решений органов конституционного правосудия;

— определение понятия мета-аргументации в рамках конституционного правосудия;

— обоснование элементов мета-аргументации в конституционном правосудии и анализ ее динамических элементов, а именно специальных паттернов мета-аргументации – баланса конституционных интересов и пропорциональности ограничения прав и свобод, конституционной идентичности, эволюции конституционно-правового регулирования в процессе социальных изменений;

— формулировка правил, условий использования специальных паттернов мета-аргументации в конституционном правосудии.

Предметом исследования являются основные начала (элементы) теории аргументации решений органов конституционного правосудия, в качестве которых определяются цель и функции аргументации, подход к ее моделированию и осуществлению, мета-аргументация и ее элементы, включая специальные паттерны мета-аргументации в конституционном правосудии. Особое внимание в работе уделяется правилам использования таких паттернов для обеспечения качественной аргументации и минимизации риска манипулятивной аргументации.

Объектом диссертационного исследования выступают процесс аргументации решений органов конституционного правосудия разных стран, а также непосредственно обозначенные решения в качестве объектов теории аргументации, то есть с учетом специфики таких юридических актов и теоретических аспектов их обоснования, нормативное правовое регулирование (преимущественно конституционное) в области конституционного контроля разных юрисдикций и доктринальные источники в сферах конституционного правосудия и теории аргументации.

Теоретическую основу диссертационного исследования составили исследования отечественных и зарубежных ученых: диссертационные исследования и авторефераты, монографии, научные статьи, учебная и учебно-методическая литература по вопросам конституционного контроля в

различных его аспектах от рассмотрения роли и места конституционного контроля в современных государствах до определения правовой природы соответствующих решений и рассмотрения отдельных аргументативных практик конституционного правосудия (например, теста на пропорциональность), толкования норм права, а также научная литература, касающаяся тематики настоящего исследования по лингвистике, логике, риторике, философские труды.

Методологической основой диссертационного исследования являются общенаучные и частнонаучные методы.

Автором использовался диалектический метод научного познания в качестве ориентирующего метода для построения научного исследования с целью изучения аргументации решений органов конституционного контроля в развитии и взаимосвязи с действительностью с опорой на принцип всестороннего изучения предмета. К использованным общенаучным методам исследования относятся: дедукция и индукция, анализ и синтез, системный метод исследования, метод обобщения и систематизации. Так, системный подход позволил представить аргументацию решений органов конституционного правосудия как многоаспектное явление. На основе анализа практики решений органов конституционного правосудия и доктринальных источников синтезированы их специфические характеристики. С помощью методов индукции и дедукции в их сочетании, автор формулирует элементы мета-аргументации в конституционном правосудии.

К частнонаучным, специальным методам исследования, использованным автором настоящей работы, относятся: сравнительно-правовой, историко-правовой, формально-юридический, метод правового моделирования и другие. Кроме того, в работе использован междисциплинарный подход с привлечением трудов из областей языкознания, философии, логики, риторики с целью всестороннего, наиболее полного исследования заданной проблематики.

Нормативной правовой базой исследования являются Конституция Российской Федерации и конституции иных государств; законодательство в области регулирования деятельности органов конституционного контроля разных стран.

Эмпирическую базу диссертационного исследования составляют решения Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, соответствующие обзоры судебной практики, решения Федерального конституционного суда Федеративной Республики Германия, Верховного Суда Соединенных Штатов Америки, Верховного Суда Южно-Африканской Республики, Конституционного трибунала Республики Польша, Конституционного суда Чешской Республики, Конституционного суда Венгерской Республики, Конституционного суда Королевства Испания и иных органов конституционного контроля, а также материалы научно-информационного характера международных некоммерческих организаций, включая представленные такими организациями в качестве заключений *amicus curiae* в рамках рассмотрения конституционно-правовых дел.

Выбор юрисдикций, практика органов конституционного контроля которых анализируется в настоящей работе, продиктован принадлежностью соответствующих органов конституционного правосудия к различным моделям конституционного контроля, что представляет исследовательский интерес и целесообразно с точки зрения достижения цели и задач настоящего исследования, которые связаны с выявлением общих элементов аргументации решений органов конституционного правосудия.

Кроме того, выбор обусловлен заинтересованностью автора в соответствующих решениях как ярких примерах аргументационной деятельности, доступностью соответствующих решений в открытых источниках, в том числе в переводах на русский и английский языки, если таковые не являются языком оригинала, а также наличием теоретических исследований практики конституционного правосудия соответствующих стран прежде всего в отечественной доктрине.

Научная новизна диссертационного исследования predetermined постановкой научной проблемы, ставшей предметом исследования, и заключается в формировании ключевых элементов теории аргументации решений органов конституционного правосудия.

Впервые на уровне диссертационного исследования исследуются специфические черты решений органов конституционного контроля как объектов теории аргументации – с формулировкой выводов о predetermined соответствующей спецификой требований к обоснованию таких решений.

В работе впервые в рамках отечественной доктрины обосновывается эффективность применения к аргументации решений органов конституционного правосудия комплексного подхода, который вбирает в себя релевантные составляющие и целеполагание формально-логического, риторического, прагма-диалектического подходов к аргументации. Также впервые в диссертационном исследовании формулируются последовательно цель и функции аргументации применительно к решениям органов конституционного правосудия.

Новизна настоящего исследования определяется также тем, что в научный оборот вводится понятие мета-аргументации применительно к конституционному правосудию. В работе выявляются и обосновываются статические и динамические элементы мета-аргументации.

Результатом диссертационного исследования является научное обоснование основных составляющих (элементов) теории аргументации решений органов конституционного правосудия.

Положения, выносимые на защиту.

1. Решения органов конституционного правосудия как объекты теории аргументации обладают спецификой, которая predetermined подход и требования к их обоснованию. Такие решения представляют собой тексты аргументирующего типа, судебные акты и при том специальных судебных органов – органов конституционного контроля, юридические акты смешанной

правовой природы, сочетающие в себе свойства правоприменительных актов и квазинормативный характер. Данная специфика предопределяет следующие требования к обоснованию решений: 1) рациональность с точки зрения теории аргументации и грамотной речевой презентации решений как юридических текстов (обоснование релевантными доводами; открытость к «критике» – аргументам разных участников процесса; изложение решения в соответствии с правилами формальной логики и риторики); 2) опора на диверсифицированный методологический арсенал толкования конституционных норм и иных объектов толкования и аргументации (что вытекает из аргументирующего типа текстов решений и их природы как актов органов конституционного правосудия); 3) соблюдение принципа «разумной сдержанности» и необходимость обоснования судейского правотворчества (ввиду отнесения решений к актам правоприменительной практики, хотя и особого значения в контексте влияния на правопорядок); 4) общее требование высокого качества аргументации, включая правовую определенность формулировок, используемых в решениях, в связи с их квазинормотворческим характером.

2. Формально-логический подход в некотором смысле выступает «базисом» любой аргументации, при этом опоры только на него недостаточно в рамках конституционно-правовой судебной аргументации ввиду в том числе сложности учета социальных обстоятельств, устройства правопорядка – необходимо применение и иных подходов, позволяющих учитывать социальную природу правоотношений и ориентацию на разрешение конституционно-правового спора с учетом последствий принимаемого решения. Аргументация решений органов конституционного правосудия должна выстраиваться на основании комплексного подхода, сочетающего в себе целеполагание и соблюдение правил формально-логического, риторического и прагма-диалектического подходов к аргументации (включая логичное структурирование и соблюдение правил формальной логики, ориентацию на аудиторию и приемлемость посылок, разрешение конфликта

через примирение или устранение разногласий сторон). Комплексный подход учитывает одновременно восприятие аргументации как структуры в рамках логического подхода, как процедуры – в рамках прагма-диалектического, как процесса – в рамках риторического. Опора на такой комплексный подход способствует повышению качества аргументации решений в конституционном правосудии и обеспечению высшей степени их легитимности.

3. Аргументация решений органов конституционного правосудия преследует цель принятия решения аудиторией (с учетом универсальности такой аудитории в конституционном правосудии) в качестве рационального, убедительного и справедливого (согласно опоре на комплексной подход). Принятие решения аудиторией при этом не сводится к удовлетворению органом конституционного контроля общественных ожиданий и обязательному согласию аудитории с решением. Органу конституционного контроля надлежит учитывать общественные интересы при аргументации решений, но в то же время он в первую очередь остается защитником конституционного правопорядка, отдельной личности и общества, меньшинства и большинства, публичных и частных интересов.

4. Аргументация решений органов конституционного правосудия выполняет следующие ключевые функции: 1) легитимирующую (аргументация в содержательном смысле «объясняет» резолютивную часть решения суда, формируя тем самым одну из двух ключевых легитимирующих составляющих решения наряду с вынесением решения согласно установленной законом процедуре); 2) политико-формирующую (аргументация предполагает формирование устойчивых правовых позиций органа конституционного контроля по тем или иным вопросам и способствует обеспечению предсказуемости решений); 3) дисциплинирующую (правовые позиции, формируемые органами конституционного контроля в рамках аргументации, ограничивают судебское усмотрение на будущее); и 4) познавательно-информационную (в аргументации с содержательной точки

зрения всегда заключена разного рода информация, которая обладает познавательным потенциалом).

5. В аргументации решений органов конституционного правосудия можно выделить область мета-аргументации. Во-первых, под ней понимается область исследования аргументации решений органов конституционного правосудия с позиций вычленения и анализа постояннодействующих (условно «статических») элементов, и динамических элементов – специальных конституционно-правовых правил, принципов, установок (паттернов) аргументации, влияющих на выбор конкретных средств и содержание аргументации. Такое понимание выстраивается на основе определения предметной области исследования и необходимо для того, чтобы обозначить теоретические аспекты мета-аргументации. Во-вторых, под мета-аргументацией с точки зрения содержания решений органов конституционного правосудия понимаются мотивы и исходные основания последующей правовой аргументации решения на основании категории спора, конкретных обстоятельств дела, конституционно-правового регулирования и принципов права. Статические элементы мета-аргументации обладают аксиоматичным характером, а динамические элементы – алгоритмичным, которые в совокупности задают определенный алгоритм аргументативных действий для суда (органа конституционного контроля).

6. Статическими элементами мета-аргументации являются такие факторы, которые в любом деле оказывают влияние на процесс аргументации – это когнитивные установки судьи – субъекта аргументации и социокультурный исторический контекст юрисдикции. Динамическими элементами выступают специальные паттерны мета-аргументации в рамках конституционного правосудия, которые требуют учета фактических и правовых обстоятельств дела, предмета спора для определения необходимости применения конкретного паттерна. Такими специальными паттернами мета-аргументации в конституционном правосудии выступают: 1) баланс конституционно-правовых интересов и соразмерность ограничения

прав и свобод; 2) конституционная идентичность государства и 3) эволюция конституционного регулирования в процессе социальных изменений.

7. Такой паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии как баланс конституционно-правовых интересов и конституционно-правовая соразмерность ограничения прав и свобод подлежит применению в спорах, связанных с конкуренцией конституционных ценностей при столкновении частных интересов между собой, и частных и публичных интересов, и предполагает соблюдение как минимум трех условий: 1) четкое определение предмета конкуренции (конкурирующих конституционных ценностей) и объема их конституционной охраны на основе соответствующих конституционных диспозиций; 2) наличие конституционно-легитимной цели вмешательства, то есть такой, которая должна следовать из конституции и быть фактически обоснованной (достижение которой необходимо) и 3) учет тяжести наносимого конституционному интересу, праву, свободе ущерба (оценка степени вмешательства). Возможны различные варианты, форматы использования паттерна. При этом единой для них является идея алгоритмичного «взвешивания» конституционно-правовых интересов.

8. Конституционная идентичность как паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии предполагает опору на определенные уникальные характеристики национального конституционного правопорядка, следующие из конституции. Апелляция к конституционной идентичности релевантна в ситуациях столкновения публичных элементов – на внутригосударственном уровне в рамках столкновения «прошлого» и «будущего» публичного порядка (при проверке конституционных изменений) и на международном уровне в рамках конкуренции национального и наднационального регулирования. Первым правилом применения данного паттерна является правило о сфере применения. Вторым условием опоры на конституционную идентичность является историко-нормативная обоснованность содержательного определения конституционной идентичности – органы конституционного правосудия при определении

содержательных характеристик конституционной идентичности государства должны исходить из следования таких характеристик из конституционного текста и релевантных исторических фактов и документов. Третьим условием, перекликающимся с предыдущим, является правило содержательной стабильности конституционной идентичности – она не может определяться *ad hoc*, а подразумевает определенную устойчивость, конституционную преемственность.

9. Эволюция конституционного регулирования в процессе социальных изменений как паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии способствует обеспечению динамизма конституционного текста. Конституционное регулирование одновременно отражает и формирует правопорядок, в связи с чем должно быть приспособлено к адаптации вслед за ключевыми общественными переменами. Данный паттерн в некотором смысле универсален, поскольку может быть релевантным в любой из трех категорий спора в зависимости от столкновения конституционно-правовых интересов. Во избежание манипулятивного использования обозначенный паттерн мета-аргументации должен применяться при условии соблюдения критериев необходимости корректировки конституционного регулирования и объективности причин для такой корректировки. В первом случае речь идет о том, что социальные изменения должны достигнуть определенного уровня укоренения в обществе с учетом их продолжительности и конституционно-правовой значимости. Во втором случае предполагается, что социальные изменения должны быть объективными – они должны подтверждаться эмпирическими данными (статистика, зарубежный опыт, данные опросов и т. д.) вкупе с логическими, прагматическими (учитывающими последствия), морально-этическими доводами.

Теоретическая значимость диссертационного исследования. Вклад в развитие науки конституционно-правовой теории призваны внести разработанное в ходе исследования понимание аргументации решений органов конституционного правосудия, выявленная специфика таких решений

как объектов теории аргументации, предложенный автором комплексный подход к осуществлению аргументации решений судьями органов конституционной юстиции, определенные автором цель и функции аргументации, понятие мета-аргументации, выявленные ее статические и динамические элементы, обоснованные автором критерии применения паттернов мета-аргументации: баланса конституционных интересов и пропорциональности ограничения прав, конституционной идентичности государства и эволюции конституционного регулирования в процессе социальных изменений.

Теоретическая проработка обозначенной проблематики способствует восполнению фрагментарности исследований в области юридической аргументации в конституционном правосудии. Более того, настоящее исследование определяет основные начала построения теории аргументации решений органов конституционного контроля.

Практическая значимость диссертационного исследования. Систематизированный теоретический и эмпирический материал исследования, сформулированные автором умозаключения относительно применения формально-логического, риторического и прагма-диалектического подходов, паттернов мета-аргументации и соблюдения требований к аргументации решений органов конституционного правосудия могут быть применены и учтены в практической деятельности органов конституционного правосудия для обеспечения достижения цели аргументации, повышения ее качества.

В конечном итоге речь идет о повышении эффективности конституционного контроля, о значимости которого в современных государствах уже было сказано. Эффективность реализации конституционного контроля предопределяется многими факторами, включая такие как исполняемость соответствующих решений в конкретной юрисдикции, их предсказуемость в контексте действия принципа правовой определенности в рамках обеспечения верховенства права, практическое

обеспечение гарантий прав и свобод личности в результате разрешения конституционно-правовых дел и другие. Данные факторы в свою очередь зависят в том числе от аргументации решений, критерии достижения качества которой определяются в настоящем исследовании.

Кроме того, изучение, анализ аргументативных практик конституционного контроля и систематизация полученных знаний на теоретическом уровне, представляется, должны привести к повышению уровня судейской рефлексии при аргументации решений, что само по себе ценно, а также направлено на совершенствование техник аргументации решений и обеспечение более высокого уровня защиты прав человека и охраны публичных интересов.

Также предложенные автором идеи, цель и функции аргументации, подходы к аргументации решений органов конституционного контроля и требования, правила аргументации, вопросы мета-аргументации в конституционном правосудии могут изучаться студентами в рамках соответствующих учебных программ. Разработки автора могут использоваться для совершенствования учебных и методических пособий по конституционному праву, в рамках преподавания курсов по юридической, конституционно-правовой аргументации и междисциплинарных курсов.

Степень достоверности результатов диссертационного исследования.

Сформулированные в исследовании выводы и рекомендации логически обоснованы и имеют высокую степень достоверности, что подтверждается совокупностью следующих положений: эффективно применен комплекс общенаучных и частнонаучных методов познания, составивших методику исследования; в рамках проведенного исследования проанализирована как зарубежная, так и российская практика конституционного правосудия (более ста тридцати решений органов конституционного контроля разных стран); исследовано значительное количество доктринальных источников, включая источники на иностранных языках.

Личный вклад автора. Выносимые на защиту результаты получены лично автором.

Апробация результатов исследования. Основные положения и выводы, содержащиеся в исследовании, изложены автором в научных публикациях в изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности.

Основные положения и выводы данного исследования также нашли отражение в докладах автора на международных научных конференциях, семинарах:

— Международная научная конференция студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов 2019» (Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова, Россия, Москва, 8-12 апреля 2019 г.);

— Международный семинар «Судебная власть в современном обществе» (“Judicial power in modern society”) (Вильнюс, Литва, 13-15 ноября 2019 г.);

— Международная научная конференция студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов 2021» (Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова, Россия, Москва, 12-23 апреля 2021 г.).

Диссертация подготовлена и обсуждена на кафедре конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Структура диссертационной работы отражает логику исследования, обусловлена его предметом, поставленными целью и задачами. Работа состоит из введения, двух глав, заключающих в совокупности семь параграфов, заключения и библиографии.

ГЛАВА 1. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ АРГУМЕНТАЦИИ РЕШЕНИЙ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ

§ 1.1. Специфика решений органов конституционного правосудия как объектов теории аргументации

Под объектом познания вплоть до XVIII века имели в виду в основном реальные фрагменты бытия, подвергающиеся исследованию (метафизический подход). Однако, на смену такому восприятию пришло кантовское (интенциональное) понимание объекта познания, согласно которому объект можно указать только через предмет (именно он задает объект), ведь вне знания и познания мы можем говорить только о «вещи в себе», а не об объекте. Именно такое понимание объекта познания, предполагающее, что любое знание коррелятивно принятой когнитивной системе отсчета, является субъективно-объективным, то есть включает в себя выражение отношения субъекта к объекту познания, помимо учета факторов реальной действительности, том числе измеримых, господствует в современной науке⁶.

Исходя из обозначенного понимания решения органов конституционного правосудия в качестве объекта данного исследования рассматриваются как *юридические тексты аргументирующего типа и специфические судебные акты*, содержащие в себе рассуждения и умозаключения суда в обоснование принятых позиции и предписаний⁷. Рассмотрение решений органов конституционного правосудия в таком ключе (как юридических текстов и специфических судебных актов) обусловлено предметом настоящего исследования – решения изучаются как объекты теории аргументации.

Теория аргументации составляет поле междисциплинарных исследований. Интерес к аргументации проявляют многие дисциплины: философия, этика, психология, юриспруденция, лингвистика, риторика,

⁶ Спиркин А.Г. Философия: Учебник. 2-е изд. М.: Гардарики, 2004. 736 с. С. 412; Розин В.М. Понятия «предмет» и «объект» (методологический анализ) // Вопросы философии. 2012. № 11. С. 85-96; Лебедев С. А. Проблема субъекта и объекта в научном познании // Вестник ТвГУ. Серия «Философия». 2016. № 1. С. 19-26. С. 19-21.

⁷ См.: Валгина Н. С. Теория текста. Учебное пособие. М.: Логос, 2003. 280 с. С. 51.

логика (формальная и практическая), а также такие научные направления, как речевая коммуникация, критическое мышление, анализ дискурса, прагматика, искусственный интеллект⁸. Соответственно, предлагается множество вариантов понимания аргументации. При этом в рамках настоящей диссертационной работы важно исходить из контекста деятельности судей органов конституционного правосудия при обосновании решений для определения понятия аргументации. Это означает, что аргументация должна восприниматься прежде всего как *интеллектуальный, мыслительный процесс, преследующий цель реализации конституционного правосудия посредством разрешения конкретного дела, ограниченный при этом в необходимой степени рамками конституционно-правовых категорий*.

Аргументацию в целом можно определить как *интеллектуальную деятельность* по поиску оснований и доводов, их анализу и отбору, планомерному рассмотрению альтернативных версий с их проверкой и оценкой логических следствий, с выбором наиболее эффективных решений, а также выявлением наиболее убедительных для адресата средств обоснования⁹. Также аргументация является речевой, социальной и познавательной деятельностью¹⁰, в том числе в контексте аргументации решений органов конституционного правосудия. *Речевой* деятельностью данная аргументация является уже потому, что решения органов конституционного правосудия излагаются посредством речи и представляют собой юридические тексты. *Социальной* такая деятельность является, например, поскольку направлена на разрешение социальных конфликтов (причем на уровне правопорядка) и реализуется посредством социального взаимодействия различных участников конституционного разбирательства. *Познавательной* деятельностью аргументация решений органов конституционного правосудия может также

⁸ Котельникова Л.А., Рузавин Г.И. Системный подход к процессу убеждения и аргументации. В: Теория и практика аргументации. Под ред. Герасимовой И. А. РАН. Институт философии. М., 2001. 184 с. С. 3-4.

⁹ Там же.

¹⁰ См.: Лисанюк Е. Н. Логико-когнитивная теория аргументации. Дисс. на соискание ученой степени д. ф. н. Санкт-Петербург. 2015. С. 131.

признаваться в различных контекстах: от неизбежного обмена знаниями участниками процесса, изучения судьями фактических обстоятельств дела, позиций сторон, нормативных правовых актов, доктрины и иных источников с целью разрешения дела до вычленения соответствующей познавательно-информационной функции аргументации как результата, о чем речь пойдет далее в настоящей главе.

Вышеперечисленные аспекты понятия аргументации в основном сфокусированы на ее восприятии в качестве деятельности. При этом аргументация может пониматься *не только как процесс*, деятельность, но и как результат, то есть *содержание решения* – заключенные в нем доводы в их взаимосвязи. Данная дихотомия восприятия не влечет за собой отрицания указанных аспектов понимания аргументации в обоих смыслах, поскольку результат – это продукт соответствующей деятельности. В частности, решение органа конституционного правосудия с содержащимся в нем обоснованием – это результат выработки аргументации судом по итогам соответствующего социального взаимодействия участников процесса. Однако, представляется необходимым обозначить данную дихотомию в связи с тем, что *качество аргументации* решений органов конституционного правосудия (на стремлении к повышению которого сконцентрировано внимание в настоящей работе) *оценивается относительно аргументации как содержания решений*, а процесс выработки решения, как правило, закрыт для публики. Общественной оценке подвергается и инкорпорируется в правопорядок именно юридический документ, обязательное к исполнению судебное решение, содержащее в себе позицию органа конституционной юстиции.

В рамках построения того или иного знания объекту как фрагменту реальности (если речь идет не о полной абстракции) придаются определенные свойства – он изучается в качестве абстрактной модели, но заключающей в себе черты, почерпнутые эмпирическим путем наряду со сконструированными в теории. Умозаключения о закономерном преломлении

накопленного опыта применительно к объекту носят теоретический характер и ведут таким образом к идеализации объекта¹¹.

Так происходит и с решениями органов конституционного правосудия, рассматриваемыми в контексте теории аргументации.

Понимая аргументацию как *многоаспектную интеллектуальную деятельность (речевую, социальную, познавательную)*, а также опираясь на *правовые черты решений* органов конституционного правосудия (как следующие из закона, доктрины, так и выявляемые на практике) в целях настоящего исследования представляется целесообразным вычлнить следующие специфические характеристики решений органов конституционного правосудия как объектов теории аргументации, которые обуславливают в конечном счете подход к осуществлению аргументации судьями и отдельные требования к такой аргументации, о чем будет подробнее сказано далее¹².

Во-первых, решения органов конституционного правосудия представляют собой *юридические тексты аргументирующего типа*, что ранее упоминалось и соотносится прежде всего с речевым аспектом аргументации.

Во-вторых, решения органов конституционного правосудия являются судебными актами уполномоченных органов – органов конституционного правосудия. При определении такой характеристики превалирует правовой статус органов конституционного правосудия.

В-третьих, рассматриваемые решения являются актами смешанной правовой природы, сочетающими в себе признаки правоприменительных актов, квазинормативный, а также доктринальный характер (данная характеристика определяется особенностью юридической природы решений

¹¹ См.: *Кривцова И. С.* Идеализированный объект как компонент научной теории (терминологический аспект) // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Юридические науки. Том 26(65). № 2-1 (Ч. 1). 2013. С. 68-74; *Степин В. С.* Теоретическое знание. М.: Прогресс-Традиция. 1999. С. 57.

¹² См. также: *Урошлева А. С.* О специфике решений органов конституционного правосудия в контексте их аргументации // Конституционное и муниципальное право. № 12. 2021. С. 62-69.

органов конституционного правосудия, а также многоаспектным восприятием понятия аргументации, включая ее социальный и познавательный аспекты).

Подробнее рассмотрим решения органов конституционного правосудия в вышеназванных трех качествах с точки зрения влияния данных характеристик на аргументацию решений.

Решения органов конституционного правосудия как юридические тексты являются текстами аргументирующего типа. Это означает, что по типу речи они относятся преимущественно (прежде всего в мотивировочной части) к рассуждению (определение-объяснение, умозаключение-рассуждение)¹³. Этим в том числе обуславливаются отдельные требования, которые должны предъявляться к таким решениям (например, о формально-логическом подходе к структурированию и изложению решений).

Юридическая деятельность, включая деятельность по обоснованию судебных решений, обычно осуществляется с подразделением на части, этапы, стадии, в процессе которых ставятся свои определенные задачи. Их реализация способствует обеспечению цельности работы. Внешне это выражается, в том числе, в придании юридическим документам структурности¹⁴. Структурирование решений и самой их аргументации способствует более полному и системному изложению информации, что снижает риски, например, выборочного представления аргументов в поддержку определенной позиции (англ.: “cherry-picking”¹⁵) и наличия в аргументации логических «пробелов».

Аргументирующий характер решений органов конституционного правосудия свидетельствует также о соответствующем целеполагании – убеждении адресатов текста в том, что решение должно быть именно таким, каким является, то есть в его рациональности, оптимальности,

¹³ Валгина Н. С. Указ. соч. С. 51.

¹⁴ Каширина Т. В. Юридическая техника: учебник. 2-е изд., пересмотр. М.: Норма: ИНФРА-М. 2011. С. 113.

¹⁵ См.: Friedman A. Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence // 44 Suffolk University Law Review 873. February 1, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1817753>. P. 875 (дата обращения: 05.07.2022); Voßkuhle A. Preface to the German Law Journal's Constitutional Reasoning Special Edition // German Law Journal. 2013. Vol. 14, no. 8. P. 1009.

справедливости, имея в виду необходимость общественного принятия решений органов конституционного правосудия¹⁶. Неотъемлемым признаком процесса убеждения является его рациональный характер¹⁷. В теории аргументации необходимыми *условиями рациональности* аргументатора считаются *приведение им релевантных доводов* в поддержку предлагаемой позиции и *допущение аргументатором критики* таких доводов¹⁸. В контексте аргументации решений органов конституционного правосудия это означает, что отбор аргументов при подготовке судьями решений требует их проверки на релевантность (в том числе во избежание софистической аргументации и иных речевых манипуляций), и что процесс выработки итоговой аргументации решения должен строиться на принципе открытости судей к восприятию доводов разных сторон и участников процесса, иных заинтересованных лиц. Так, проверка релевантности доводов в основном связана категорией судейского усмотрения, между тем принцип допущения критики (или открытости суда к доводам заинтересованных лиц) может обретать помимо статуса требования из сферы «должного» и законодательное подкрепление – через процессуальные нормы о принятии судом в рамках рассмотрения дела заключений экспертов, специалистов, *amicus curiae* (лат.: «друзей суда»).

Любые судебные решения относимы к юридическим текстам аргументирующего типа, однако применительно к решениям органов конституционного правосудия в рамках данного аспекта выявляется специфика.

Такая специфика заключается в том, что по сравнению с ординарными судами органы конституционного правосудия, как правило, используют в аргументации решений *более диверсифицированный методологический арсенал* – начиная с методов толкования правовых норм, заканчивая

¹⁶ Цель аргументации решений, заключающаяся в общественном принятии, подробнее рассматривается в параграфе § 1.3 настоящей главы.

¹⁷ Кузина Е. Б. Теория и практика аргументации: учебник. Москва: Проспект, 2021. С. 19.

¹⁸ Там же. С. 19.

применением судебных доктрин¹⁹. Представляется, что это взаимосвязано в том числе с тем, что органы конституционного правосудия выстраивают аргументацию, апеллируя напрямую к конституционным положениям, которые содержат обычно более емкие формулировки по сравнению с иными нормативными правовыми актами.

Так, если рассматривать аргументацию судебных решений в российской правовой действительности, то на основе некоторых данных соответствующей практики²⁰ Конституционный Суд РФ (далее – КС РФ) чаще чем иные суды, включая Верховный Суд Российской Федерации (далее – ВС РФ), использует отсылки к правовым принципам, в том числе не закрепленным напрямую нормативно (правовой определенности²¹, соблюдения баланса частных и публичных интересов²²), судебным доктринам²³ (например, конституционной

¹⁹ См. о судебных доктринах: *Тарибо Е. В.* Доктрины Конституционного Суда Российской Федерации в сфере налогообложения (теоретический и практический аспекты). Автореф. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва. 2005. С. 12. С. 18 и далее.

²⁰ В основе сопоставления практика КС РФ и ВС РФ за первый квартал 2020 года: Обзор судебной практики Верховного суда Российской Федерации № 1 (2020). Утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 10 июня 2020 г. URL: <http://www.supcourt.ru/documents/practice/28993/> (дата обращения: 29.01.2021); Обзор практики Конституционного Суда Российской Федерации за первый квартал 2020 года. URL: http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Generalization/Documents/Information_1_2020.pdf (дата обращения: 29.01.2021); *Афанасьев С.* Обзор правовых позиций в постановлениях Конституционного Суда России // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 2. С. 144 - 153.

²¹ См., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 апреля 1995 года № 3-П // Российская газета, № 87, 05.05.1995; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 6 апреля 2004 года № 7-П // Российская газета, № 77, 14.04.2004; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2011 года № 29-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 1, 2012 и др.

²² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 января 2021 года № 2-П // Российская газета, № 19, 01.02.2021; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25 ноября 2020 года № 2662-О // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202003260023?rangeSize=20> (дата обращения: 04.12.2022); Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июля 2015 года № 1789-О // URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71089048/> (дата обращения: 04.12.2022).

²³ К доктрине обращаются органы конституционного контроля и других юрисдикций. См., например: United States Supreme Court. *Boyd v. United States*, 116 US 616 (1886) // URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/> (дата обращения: 04.12.2022), в котором встречается апелляция к естественному праву как источнику законов.

идентичности)²⁴, применяет исторический²⁵, системный²⁶ и сравнительно-правовой²⁷ методы толкования и аргументации.

Четырнадцатая поправка к Конституции США, например, в части первой гарантирует: «ни один штат не должен издавать или применять законы, которые ограничивают привилегии и иммунитеты граждан Соединенных Штатов; и не вправе какой-либо штат ни лишать какое-либо лицо жизни, свободы или собственности без соблюдения надлежащей правовой процедуры; ни отказывать какому-либо лицу в пределах своей юрисдикции в равной защите на основе законов»²⁸. В конституционном тексте не определяется конкретное содержание ни понятия свободы, ни «надлежащей правовой процедуры», ни «равной защиты на основе законов». При этом на практике данные формулировки обретают широкое конкретное наполнение. Например, в 2015 году Верховный Суд США в решении по делу *Obergefell v. Hodges*²⁹ расширительно истолковал норму о личной свободе Четырнадцатой поправки как закрепляющую право на заключение брака лицами одного пола, используя при этом среди прочего эволютивный подход к толкованию права.

«Каждый имеет право на жизнь» – такое право закреплено в ч. 1 ст. 20 Конституции РФ и в аналогичных или сходных формулировках в конституциях большинства стран мира, международных договорах о защите прав человека. Несмотря на лаконичность такая норма с учетом соответствующей практики может наполняться конкретным регулированием:

²⁴ Афанасьев С. Обзор правовых позиций в постановлениях Конституционного Суда России // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 3. С. 148-160; Заключение Конституционного Суда РФ от 16.03.2020 № 1-3 // Российская газета, № 56, 17.03.2020.

²⁵ См., например Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 декабря 2004 года № 18-П // Российская газета, № 286, 24.12.2004, в котором КС РФ апеллировал к историческим реалиям и «условиям сохраняющихся межэтнических и межконфессиональных отношений» при обосновании конституционности запрета создания политических партий по национальному и религиозному признакам.

²⁶ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2006 года № 444-О // URL: <https://rg.ru/documents/2006/12/31/zhaloba.html> (дата обращения: 04.12.2022); Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 апреля 1996 года № 10-П // Российская газета, № 83, 05.05.1996.

²⁷ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 ноября 1998 № 26-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 1, 1999.

²⁸ Четырнадцатая поправка к Конституции США. Текст на английском языке доступен по ссылке: URL: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments (дата обращения: 29.01.2021).

²⁹ *Obergefell v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health, et Al. 576 U.S. 644 (2015). URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf (дата обращения: 29.01.2021).

от обоснования права на достойный уровень жизни³⁰ (Решение Федерального конституционного суда Германии (далее – ФКС ФРГ) от 18 июля 2012 года 1 BvL 10/10³¹) до защиты прав эмбриона (плода)³² (Постановление Конституционного трибунала Республики Польша от 22 октября 2020 года К 1/20)³³.

Нормы конституций рассчитаны на регулирование общественных отношений на уровне правопорядка в целом, а не отдельной отрасли права или сферы правоприменения, как следствие конституционные нормы, как правило, обладают *широким интерпретационным полем*,³⁴ то есть имманентно заключают в себе возможные различные прочтения. Вариативность жизненных ситуаций и емкость конституционного текста обуславливают диверсифицированную методологию толкования и аргументации, используемую органами конституционного правосудия.

Таким образом, принадлежность решений органов конституционного правосудия как юридических текстов к аргументирующему типу «подсвечивает» особенности содержания аргументации решений и предъявляемых к таким решениям требований: они должны отвечать условию рациональности с точки зрения понимания рациональности в теории

³⁰ В некоторых международных договорах и конституциях данное право закреплено прямо – например, в ч. 1 ст. 25 Всеобщей декларации прав человека, ч. 1 ст. 11 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, п. 1 ст. 4 Европейской социальной хартии, ст. 25 Конституции Японии.

³¹ В обозначенном решении ФКС ФРГ постановил, что оспариваемые положения законодательства, регулирующие выплату пособий беженцам, нарушают основное право на достойный минимальный уровень существования, вытекающее из права на охрану достоинства личности вкупе с принципом социального государства. Суд указал, что указанное право на достойный минимальный уровень существования является универсальным и распространяется как на граждан страны, так и на иностранных граждан, и включает в себя вопросы обеспечения как физического существования человека (пища, одежда, жилище, гигиена и т. д.), так и поддержания межличностных отношений и минимальной степени участия в социальной, культурной и политической жизни, поскольку человек как личность обязательно существует в социальном контексте. Фабула дела и выдержки решения на английском языке доступны по ссылке: https://www.icj.org/escr_litigation/judgement-of-the-federal-constitutional-court-1-bvl-1010/ (дата обращения: 17.01.2022).

³² Ст. 2 Конституции Венгрии 2011 года, например, напрямую предусматривает защиту эмбриональной и внутриутробной жизни с момента зачатия. Текст конституции доступен на английском языке: https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf (дата обращения: 14.01.2022).

³³ Текст решения на польском языке доступен по ссылке: <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/k-1-20-wyrok-trybunalu-konstytucyjnego-523165093> (дата обращения: 14.01.2022). Подробнее данное решение будет рассмотрено в настоящей работе далее во 2 главе.

³⁴ Подробнее об этом см.: *Малютин Н.С.* Судебное толкование нормативных правовых актов в Российской Федерации: конституционно-правовой аспект. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва, 2016.

аргументации; в них используются различные методы толкования норм права и приемы аргументации в сочетании друг с другом.

Второй характеристикой решений органов конституционного правосудия как объектов теории аргументации является то, что они представляют собой *судебные акты соответствующих компетентных органов*. Этим раскрываются следующие основные черты решений: государственно-властный характер, их направленность на разрешение правовых конфликтов, обусловленная сущностью правосудия как функции судебной ветви власти, и принятие решений особыми государственными органами правосудия – органами конституционной юстиции, на которые возложена специфическая функция конституционного контроля.

Будучи актами государственно-властного характера решения органов конституционного правосудия содержат в себе обязательные для исполнения предписания. При этом исполнение решений, вынесенных в результате осуществления конституционного правосудия, оказывает влияние не только на конкретные субъекты – стороны разбирательства, но и на правопорядок в целом: может влиять на процесс законотворчества и подзаконного нормотворчества, правоприменительную практику, развитие доктрины.

Кроме того, во многих странах с исполнением решений органов конституционной юстиции связаны высокие общественные ожидания по защите основных прав и свобод, что особенно «чувствовалось» немногим более двух десятилетий назад при становлении новых демократий³⁵.

В целом как судебные акты решения органов конституционного правосудия связаны с высоким уровнем общественных ожиданий³⁶. Как правило, уровень ожиданий общества в отношении аргументации актов судебной ветви власти выше, чем в отношении иных видов юридической аргументации, например, решений, ответов на запросы граждан

³⁵ European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission). The role of the constitutional court in the consolidation of the rule of law. Bucharest, 8-10 June 1994. P. 40.

³⁶ Воскресенский Ф. А., Тимченко А. В. Ожидания российского общества от правосудия: поможет ли цифровизация? // Российский журнал правовых исследований. Том 6, № 4 (21) 2019. С. 108-120. С. 109.

исполнительных органов государственной власти (тем более учитывая, что они могут быть обжалованы в суде). Такая ситуация, представляется, обусловлена характером судебной деятельности в принципе³⁷, в частности, тем фактором, что деятельность по осуществлению правосудия направлена на разрешение правовых конфликтов и предполагает всестороннее рассмотрение дел, оценку доказательств, «взвешивание» доводов сторон и иных участников процесса ради вынесения справедливого решения.

Тот факт, что решения органов конституционного правосудия являются судебными актами, и при том именно органов конституционной юстиции, на которые возлагается особая функция конституционного судебного контроля, что повышает уровень судейской ответственности ввиду значимости конституции как акта высшей юридической силы учредительного характера для национальных правопорядков, влияет и на требования к обоснованию таких решений, выделяя их тем самым среди иной правоприменительной практики.

На органы конституционного контроля, специализированные либо нет, возлагается роль «стражей» конституции в самом общем понимании – через осуществление контроля за конституционностью нормативных актов³⁸. Своеобразие института конституционного контроля состоит в особенностях критерия, используемого для проверки нормативных актов. Роль такого критерия выполняет конституция – основной закон государства. Институт конституционного контроля призван обеспечивать в первую очередь конституционную законность, на которой зиждется единство правовой системы³⁹.

Обозначенная специфическая функция конституционного правосудия – конституционный контроль, актуализирует проблему так называемого

³⁷ См., например: Власенко Н.А., Власенко А.Н. Судебная власть и судебная деятельность в Российской Федерации. М., 2005. С. 11.

³⁸ Хабриева Т. Я. Избранные труды: в 10 т. Т. 2: монографии. Содерж.: Конституционный контроль. Правовая охрана Конституции. Теория современной конституции. М., 2018. С. 17-19.

³⁹ Там же. С. 23.

контрмжоритарного парадокса⁴⁰, вытекающую из принципа разделения властей. Проблема легитимности судебного контроля хорошо известна науке конституционного права⁴¹, и в рамках настоящего диссертационного исследования не стоит задачи отдельно проанализировать данный вопрос. Однако в контексте специфики решений органов конституционного правосудия обозначенный парадокс актуализирует необходимость выявления требований, которым должны соответствовать судебные решения органов конституционной юстиции, чтобы обеспечивалась их легитимность. При этом в такой ситуации речь идет о требованиях, *ориентированных в первую очередь на законодательные органы, парламент в качестве адресата*, поскольку именно конфликт законодательной и судебной ветвей власти лежит в основе контрмжоритарной проблемы.

Рассуждая о теории институционального диалога законодателей и представителей судебного контроля канадский профессор Люк Б. Трэмблей приводит такие условия легитимации результатов диалога как *равенство, рациональность и разумная договоренность*⁴². Экстраполируя обозначенные требования на решения органов конституционного правосудия вне контекста судейско-законотворческого институционального диалога, а в рамках оценки аргументации решений органов конституционного правосудия (в том числе учитывая, что адресатами решений выступают и законодательные органы), представляется уместным определить следующие условия (требования к) аргументации. Равенство в рамках институционального диалога может трансформироваться в правило о судейском самоограничении (англ.: *judicial self-restraint*) из принципа уважения прерогативы законодателя органами

⁴⁰ Шустров Д. Г. Прирученный Левиафан: государство как объект конституционно-правового регулирования : монография. СПб. : Издательский дом «Алеф Пресс», 2014. С. 107 и далее; Or Bassok, Yoav Dotan. Solving the countermajoritarian difficulty? // International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 1, January 2013. P. 13–33.

⁴¹ См., например: Б. Трэмблей Л. Легитимность судебного контроля: границы диалога между судами и органами законодательной власти // Сравнительное конституционное обозрение. № 2 (55). 2006. С. 119-136. С. 120-123.

⁴² Б. Трэмблей Л. Указ. соч. С. 125.

конституционного правосудия⁴³. Органы конституционного правосудия наделены властью конституционной проверки законодательных актов, при этом, чтобы выступать легитимным «противовесом» парламенту в рамках осуществления такой проверки органы конституционной юстиции должны исходить прежде всего из очерченного предмета конституционной оценки, не позволяя себе вторгаться на «территорию» законотворчества вне границ предмета рассматриваемого спора. Рациональность означает, как уже отмечалось ранее, соответствующую характеристику судебной аргументации (вытекающую из принадлежности решений к аргументирующему типу); а разумная договоренность «превращается» в требование принятия разумного решения по результатам всестороннего рассмотрения конституционно-правового дела с учетом всех релевантных факторов и доводов, предполагающего опору суда в том числе на прагматичный подход, предполагающий оценку последствий принимаемого решения (иными словами, «разумная договоренность» диктует необходимость достижения компромисса в рамках разрешения конституционно-правового дела).

Наконец, решения органов конституционного правосудия являются *актами смешанной правовой природы*. Реализуя свои властные полномочия и вынося решения на основе конституции, органы конституционного правосудия действуют как правоприменители. Деятельность органов конституционного правосудия так же, как и деятельность иных судебных органов, ограничена правовыми рамками, но при этом такие рамки особые – они очерчены непосредственно конституцией.

В рамках хотя и специфической, но правоприменительной деятельности по конституционному контролю органы конституционной юстиции неизбежно сталкиваются с необходимостью осуществления толкования норм

⁴³ См.: *Джавакян Г.З.* Принцип разумной сдержанности в конституционном правосудии: самоограничение или самоустранение? // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 6. С. 54-61; *Posner A. R.* The Meaning of Judicial Self-Restraint // *Indiana Law Journal*. Vol. 59 : Iss. 1, Article 1. 1983. P. 1-24. P. 10. См. также: United Kingdom House of Lords. Opinions of the Lords of appeal for Judgment in the cause Regina v. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebeline and Others. 28 October 1999 // United Kingdom House of Lords Decisions. 1999. P. 43. URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/kabel-1.htm> (дата обращения: 04.12.2022).

права – конституции, иных нормативных правовых актов и иных объектов толкования – конституционных обычаев, правоприменительной практики и фактических обстоятельств. При этом именно интерпретационная деятельность, имманентно присущая правоприменению⁴⁴, тем более на уровне конституционной юстиции, актуализирует проблематику нормативности содержания решений органов конституционного правосудия в контексте которой прежде всего подчеркивается своеобразие правовой природы рассматриваемых решений.

В процессе толкования, а в рамках конституционного контроля – чаще всего не казуального, то есть связанного, например, с интерпретацией нормы в конкретной фактической ситуации, а рассчитанного на неоднократное последующее применение, происходит конкретизация, уточнение, дополнение нормы, что приводит к выявлению нового смысла, который с учетом статуса органов конституционной юстиции и их решений соответственно, является *de facto* нормативным.

Посредством решений органов конституционного правосудия и содержащихся в них правовых позиций конкретизируется и в некоторых случаях преобразуется содержание конституционного текста⁴⁵. В целом в контексте судебной деятельности уместно говорить о явлениях устоявшейся судебной практики или прецедентов, при этом применительно к конституционному правосудию важно подчеркнуть содержательную составляющую соответствующей правоприменительной практики – через нее проявляется прямое действие конституционных положений,⁴⁶ а также «живет» конституция.

⁴⁴ См.: Малютин Н. С. Судебное толкование нормативных правовых актов в Российской Федерации. М.: Юрлитинформ, 2018. С. 64 и далее.

⁴⁵ Например, закрепление КС РФ моратория на смертную казнь «преобразует» конституционную норму ст. 20 Конституции РФ о возможности установления законом смертной казни в определенных случаях. См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 19 ноября 2009 г. № 1344-О-Р // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации, № 1, 2010.

⁴⁶ Прямое действие конституции предполагает, что основной закон не является декларативным документом, но, напротив, способен влечь конкретные юридические последствия, являться непосредственным регулятором общественных отношений. См. подробнее: Кокотов А. Н. О прямом действии Конституции Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 12. С. 1511-1516. Доступ через СПС «Консультант Плюс».

«Прямое действие Конституции логически подразумевает признание за ней качества постоянно эволюционирующего, «живого» акта, способного адекватно отвечать на изменяющиеся общественные запросы»⁴⁷. Речь идет о важном явлении судебной конституционной правоприменительной практики, а именно о распространенной доктрине «живой конституции», как она именуется прежде всего в США (англ.: *living constitution*)⁴⁸, или, иначе выражаясь, эволютивном подходе к толкованию конституционных норм, а также норм иных правовых актов, правоприменительной практики, конституционных конвенций (обычаев)⁴⁹. В германской юриспруденции схожая концепция получила название «судейского праворазвития»⁵⁰.

«Судебная доктрина живой конституции основана на особом методе толкования конституции — эволютивном толковании...», — отмечает, рассуждая о сущности конституции, Д. Г. Шустров. «Доктрине живой

⁴⁷ Бондарь Н. С., Джагарян А. А. Прямое действие Конституции: генерация и гарантирование конституционным правосудием // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 3. С. 52-78. § 3. Доступ через СПС «Консультант Плюс».

⁴⁸ См., например: *McBain H. L. The Living Constitution: A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law. New York: The Bureau Press, 1927*; *Gillman H. The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the “Living Constitution” in the Course of American State-Building // Studies in American Political Development. Vol. 11. 1997. No. 2. P. 191-247, 229.*

В канадской юриспруденции сходная концепция именуется доктриной «живого дерева конституции» (англ.: *living tree*). См. подробнее: *Jackson V. C. Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors // Fordham Law Review. Vol. 75. 2006. No. 2. P. 921-960, 943-950.*

⁴⁹ Понятие эволютивного толкования (которое прежде всего оно применяется в области международного права) используется как в иностранной, так и в отечественной доктрине конституционного права (см., например: *Леоненко Н. Т. Феномен «живой конституции» и статус главы государства // Российский юридический журнал. 2019. № 3. С. 63 – 74*; *Петров А. А. Правовые суперпозиции Конституционного Суда Российской Федерации: постановка проблемы // Российский юридический журнал. 2021. № 4. С. 7 – 19*; *Miller Jeffrey G. Evolutionary Statutory Interpretation: Mr. Justice Scalia Meets Darwin // Pace Law Review, vol. 20, issue 2, Spring 2000. P. 409-429*) и в рамках настоящего исследования представляется уместным словоупотреблением использование термина эволютивного подхода, поскольку он не отождествляется только с доктриной «живой конституции», а вбирает в себя и иные подобные концепции, а также связывается не только с толкованием конституционных норм, но и иных объектов, а также аргументацией исходя из соответствующей логики адаптации права к социальным изменениям. Под эволюцией, как правило, понимается «процесс постепенного непрерывного количественного изменения, подготавливающий качественные изменения» или в целом «развитие» (см.: *Словарь русского языка С. И. Ожегова. Доступно по ссылке: <https://slovarozhegova.ru/> (дата обращения: 07.07.2022)*), чем также объясняется выбор названия рассматриваемого подхода.

⁵⁰ См. подробнее, например: *Книпер Р. Интерпретация, аналогия и развитие права: деликатное разграничение судебной и законодательной властей (перевод с немецкого Л. Шатберашвили) // Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан. 2007. № 4 (8). С. 11-17. С. 12-13. Однако стоит оговориться, что германская концепция «судейского праворазвития» сравнима скорее с более объемным по содержанию нежели «живая конституция» феноменом судейского активизма в его понимании в качестве обоснования квазиправотворческих функций суда. Эволютивное истолкование конституции – один из возможных «сценариев» судейского развития права, при этом в таком «праворазвитии» суд может опираться и на другие аргументационные приемы, техники и методы толкования (системное толкование, тест на пропорциональность и т. д.).*

конституции и её эволютивному толкованию сопутствует особая судебная философия — судебный активизм, представляющий собой подход к принятию судебных решений, состоящий в активной «правотворческой» позиции суда...»⁵¹. Действительно, эволютивный подход предполагает толкование конституции (иных текстов в широком понимании⁵²) не только в парадигме реконструкции смысла нормы, но и исходя из признания за органом конституционного правосудия по крайней мере квазиправотворческой⁵³ функции. Как справедливо отмечает судья Конституционного Суда РФ в отставке Н. С. Бондарь, «Конституционный Суд не только хранитель, но и интерпретатор Конституции, активный преобразователь системы конституционализма в соответствии с объективными процессами развития общества и государства.»⁵⁴.

Доктрина «живой конституции» или эволютивный подход свидетельствуют о преобразовательной функции конституционного правосудия, позволяющей «оживлять» основной закон, примирять факты, социально-политическую и культурную обстановку с конституционным текстом.

Кроме того, конституция в силу своего универсального для правопорядка характера может служить целям восполнения пробелов нормативного регулирования⁵⁵ или задавать вектор конституционно-правового и специального, отраслевого развития через правоприменительную практику —

⁵¹ *Шустров Д.* *Essentia constitutionis: Конституция Российской Федерации в фокусе теорий конституции XX–XXI веков. Часть 1 // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4 (119). С. 124-141, 129.*

⁵² Под текстами могут пониматься и конституционные конвенции, и нормативные правовые акты, прецеденты, поскольку все они выражаются посредством речи.

⁵³ *Бондарь Н. С.* *Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия.* М. : Норма, Инфра-М, 2011. Доступ через СПС «КонсультантПлюс». Далее – Бондарь Н.С. *Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия.* § 2.2.4, § 2.4.

⁵⁴ *Бондарь Н. С.* *Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия.* § 4.1.1.

⁵⁵ См. подробнее: *Туманов Д.* *К вопросу о применении Конституции Российской Федерации в случае пробелов в праве, а также о роли Конституционного Суда Российской Федерации в выявлении таких пробелов // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 6. С. 6-10.*

Стоит отметить, что в случаях реализации органами конституционного правосудия роли «негативного» законодателя, когда выявляется противоречие нижестоящих актов конституции, речь также идет о прямом действии конституции через ее применение и отмену органом конституционного контроля противоречащего конституции акта (в части или полностью). Аналогично прямое действие конституции проявляется и при конституционно-правовом истолковании органом конституционного правосудия норм иных правовых актов без признания таких норм противоречащими конституции.

прежде всего решения органов конституционного правосудия. Так, известным в российской практике примером восполнения пробелов нормативного регулирования конституционным судом служит Постановление КС РФ от 27.06.2000 № 11-П, в котором КС РФ признал не соответствующим Конституции РФ положения части первой ст. 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР. Лицу, подозреваемому в совершении преступления, предоставлялось право пользоваться помощью защитника лишь с момента объявления ему протокола задержания либо постановления о применении до предъявления обвинения меры пресечения в виде заключения под стражу. КС РФ признал данное регулирование неконституционным, поскольку такие положения ограничивали право каждого на досудебных стадиях уголовного судопроизводства пользоваться помощью адвоката (защитника). Суд постановил, что впредь до введения федеральным законодателем нового урегулирования подлежит применению непосредственно положение статьи 48 (часть 2) Конституции РФ в его истолковании, данном в указанном Постановлении Суда⁵⁶.

Интерпретационная деятельность органов конституционного правосудия в рамках обоснования решений поднимает проблему судейского правотворчества, и, соответственно, признания нормативного характера решений органов конституционной юстиции. Дискуссия по данной проблематике не нова сама по себе. Так, в российской конституционно-правовой доктрине высказывается много точек зрения относительно правовой природы⁵⁷ решений КС РФ⁵⁸. Некоторые авторы, считая указанные судебные

⁵⁶ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2000 г. № 11-П // Российская газета, № 128, 04.07.2000.

⁵⁷ В рамках настоящего исследования не представляется целесообразным исследование вопроса о понятии «правовая природа». Данное понятие воспринимается автором данной работы в качестве сложной, комплексной правовой категории, отражающей существенные характеристики правового явления, в данном случае – решений органов конституционного правосудия. См.: *Комиссарова Е. Г.* Формально-логические аспекты понятия «правовая природа» // Вестник Пермского ун-та. Сер. «Юрид. Науки». 2012. № 2. С. 23-29; *Малюгин С. В.* Категория «правовая природа»: понятие, детерминанты, основные характеристики и подходы к определению // Российский юридический журнал. 2016. № 3. С. 46-58.

⁵⁸ См. подробнее, например: *Филимонова М. В.* Пределы действия постановлений КС РФ как герменевтических актов норм гражданского процессуального права // Вестник гражданского процесса. 2014. № 6. С. 56-70. Доступ через СПС «Консультант Плюс».

акты нормативными, определяют их в качестве источников права⁵⁹; другие считают, что акты КС РФ не следует определять в качестве нормативных, поскольку они носят не регулятивный, а охранительный характер⁶⁰; третьи называют решения КС РФ специфическими актами судебного толкования⁶¹; четвертые указывают на преюдициальный характер решений⁶². Данный перечень может быть продолжен, но в любом случае большинство исследователей, включая судей КС РФ, отмечают специфическую, как правило, *комбинированную правовую природу* решений Конституционного Суда⁶³.

Наиболее обоснованным концептуально и релевантным с точки зрения влияния на аргументацию представляется взгляд на решения органов конституционного правосудия как на акты *смешанного типа*⁶⁴ с точки зрения их правовой природы, исходя прежде всего из практической значимости решений органов конституционной юстиции. Итоговые акты органов конституционного правосудия могут рассматриваться как акты, сочетающие в себе черты ординарных судебных решений, являющихся *правоприменительной практикой, нормативных правовых актов*, рассчитанных на неоднократное применение и распространяющих свое действие на неопределенный круг лиц, актов *официального толкования* (в данном случае конституционного), имеющих в то же время и *доктринальное значение*⁶⁵.

⁵⁹ Митюков М. А. Акты Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов Федерации: общая характеристика и статистический анализ // Журнал российского права. 2001. № 6. С. 16; Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М.: Городец; Формула права, 2006. С. 47.

⁶⁰ Лучин В. О., Доронина О. Н. Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации. М.: Закон и право; ЮНИТИ, 1998. С. 124-125.

⁶¹ Филимонова М. В. Указ. соч. С. 56-70. Доступ через СПС «Консультант Плюс».

⁶² См.: Морцакова Т. Г. Разграничение компетенции между Конституционным Судом и другими судами Российской Федерации // Вестник КС РФ. 1996. № 6. С. 22-31. С. 29.

⁶³ См.: Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права, 2004, № 12. Доступ через СПС «Консультант Плюс»; Бондарь Н.С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права, 2007, № 4. Доступ через СПС «Консультант Плюс».

⁶⁴ См.: Александрова М. М. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник российского права. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва, 2017. С. 12 и далее.

⁶⁵ Представляется недостаточной квалификация решений только в качестве прецедентов, поскольку прецедент как явление общего права хотя и признается источником права, но не включает в себе всех указанных выше черт по крайней мере при узком понимании прецедента как судебного решения,

Нормативная (квазинормативная) природа решений органов конституционного правосудия связывается в первую очередь с элементом «негативного» правотворчества⁶⁶, то есть отмены действия неконституционных норм права, а во-вторых, с содержанием в таких решениях правовых позиций, которые распространяют свое влияние и действие на политико-правовую⁶⁷ систему государства в целом, начиная с исполнения решения и применения в последующем данных позиций нижестоящими судами и самим органом, осуществлявшим соответствующий конституционный контроль, и заканчивая влиянием на законотворческий процесс.

Признание в доктрине судебного правотворчества, таким образом, как факта юридической действительности представляется на текущий момент можно считать «общим местом»⁶⁸. Правотворческий потенциал судебной власти в целом и конституционного правосудия, в частности, получает обоснование и в позициях самих судов. Так, в решении по делу *Soraya* (BVerfGE34, 269) ФКС ФРГ указал среди прочего, что «...Основной закон не обязывает судью применять в конкретном случае законодательные предписания в рамках их возможно буквального значения. Такая позиция требовала бы совершенства позитивного государственного правопорядка, ...которое недостижимо на практике...Задача правосудия может...состоять

обязательного для применения в последующих сходных делах нижестоящими судами. См. подробнее: *Komárek J.* Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts. LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011. London School of Economics and Political Science. Law Department. P. 3-7; *Gray, John Chipman.* "Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence" // *Harvard Law Review*, vol. 9, no. 1, 1895, pp. 27-41; *Гук П. А.* Судебный прецедент: теория и практика. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 41, 63; *Ульбашев А. Х.* Природа судебной деятельности в России // *Российский судья*. 2019. № 11. С. 58-64. Вопрос понятия судебного прецедента может быть предметом самостоятельного сравнительно-правового исследования. В целях настоящей диссертации не ставится задачи подробного исследования данного вопроса, а важно обозначить комплексную природу решений органов конституционного правосудия, не сводимую исключительно к прецедентному значению.

⁶⁶ *Остапович И. Ю.* Судебные органы конституционного контроля как «негативный законодатель» в современной практике зарубежных стран // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. № 4 (53). 2015. С. 569-576.

⁶⁷ *Herz M.* Choosing Between Normative and Descriptive Versions of the Judicial Role // *Marquette Law Review*. Vol. 75. Issue 4. Summer 1992. P. 725-765. P. 764.

⁶⁸ См. например: *Сергеев А. А.* Источники российского права: вопросы классификации и некоторые тенденции развития // *Российский юридический журнал*. 2017. № 5. С. 9-17. Доступ через СПС «Консультант Плюс»; *Гриценко Е. В.* Пределы нормотворчества Конституционного Суда России // *Вестник Санкт-Петербургского университета*. Право. Сер. 14. Вып. 2. 2012. С. 24-33.

в том, чтобы...реализовать в своих решениях те ценностные представления, которые присущи конституционному правопорядку, но не сформулированы или недостаточно чётко выражены в текстах законов. При этом ...решение должно основываться на рациональной аргументации...»⁶⁹.

КС РФ, например, в Постановлении от 16.06.1998 № 19-П прямо указал на нормативный характер своих решений, отметив, что «...решения Конституционного Суда Российской Федерации, в результате которых неконституционные нормативные акты утрачивают юридическую силу, имеют такую же сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же, как нормативные акты, общее значение...»⁷⁰. Чуть позднее, в Определении от 08.10.1998 № 118-О, «нормативная» характеристика была распространена и на правовые позиции Суда⁷¹.

В рамках американского конституционализма обоснование возможности судебного правотворчества (в целях разрешения конкретных дел и реализации нормоконтроля) заложил еще судья Маршалл в решении по делу *Marbury v. Madison*: «...является прерогативой и обязанностью судебной ветви власти *говорить, что есть закон*. Те, кто применяют норму к конкретным делам должны с необходимостью разъяснить и истолковывать эту норму»⁷². Речь хотя и идет о толковании норм права судом, однако «говорить, что есть закон», представляется, означает ничто иное, как еще один уровень правотворчества – отличающийся в зависимости от статуса органа, осуществляющего толкование. В случае реализации такого толкования органом конституционного контроля – уровень правотворчества выходит за

⁶⁹ Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Фонд Конрада Аденауэра в Российской Федерации. Отв. редактор К. Кроуфорд. М.: Инфотропик Медиа. 2018. С. 788-789. См. также о праве судов выносить решения *contra legem*: *Каранетов А. Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут. 2011. С. 168-172.

⁷⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 16.06.1998 № 19-П // Российская газета, № 121, 30.06.1998.

⁷¹ Определение Конституционного Суда РФ от 08.10.1998 № 118-О // СПС «Консультант Плюс». Приводится по: *Гриценко Е. В.* Пределы нормотворчества Конституционного Суда России // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. Сер. 14. Вып. 2. 2012. С. 24-33. С. 27.

⁷² *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137, 177 (1803). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/> (дата обращения: 07.02.2021).

рамки казуального и обретает нормативный характер ввиду распространения действия позиции толкователя на неограниченный круг лиц и количество применений.

В то же время важно отметить, что судебскому правотворчеству свойственна дуалистическая природа. Она заключается в присущем «желанию» судебной власти при осуществлении *правотворчества обосновать возможность реализации такого правотворчества, продиктованном судебским самоограничением («разумной сдержанностью»)* как принципом деятельности при осуществлении правосудия, базирующемся на демократическом принципе разделения властей⁷³.

Справедливым представляется мнение профессора Е. В. Гриценко о том, что преобразовательные, нормотворческие элементы в деятельности КС РФ (что распространимо и на иные органы конституционного правосудия) должны подчиняться и осуществляться в русле правовой охраны конституции, поскольку цель суда — не правовое регулирование, а *конституционный контроль*. Следовательно, правотворчество — *не самостоятельная функция конституционного суда*, а один из специфических способов осуществления его основной функции судебного конституционного контроля, специфическая черта конституционного правосудия⁷⁴. Ввиду изложенного обоснованным терминологически представляется обозначение *квазиправотворческого функционала* органов конституционного правосудия, но при этом не в контексте указания на мнимый его характер, а специфический (в отличие от

⁷³ В русле судебской «сдержанности» КС РФ опирается также, например, на «презумпцию добросовестности законодателя», предполагающую соответствие действий представительных органов власти основному закону и в том числе недопустимость заключения о неконституционности каких-либо положений законодательства на основании предположений о будущих правонарушениях. См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июля 2016 года № 1358-О // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201607220009> (дата обращения: 04.12.2022); Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 5 июня 2012 года № 13-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 24. Ст. 3256.

⁷⁴ Гриценко Е. В. Пределы нормотворчества Конституционного Суда России // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. Сер. 14. Вып. 2. 2012. С. 29.

законотворчества и «делегированного» нормотворчества) правотворческий статус соответствующих органов⁷⁵.

Такой квазиправотворческий функционал органов конституционного контроля означает, что конструируемые в рамках обоснования решений правовые позиции⁷⁶ обретают квазинормативный характер, то есть имеют неоднократный регулятивный эффект в отношении не только участников процесса, но и иных адресатов решений органов конституционного правосудия (*универсальной аудитории*), при этом не являясь реализацией законодательной (представительной) воли, в связи с чем *аргументация решений, и заключающая в себе такие регулятивные правовые позиции, а также их обоснование, играет ключевое значение.*

Если для законодателя как для представительной ветви власти реализация нормотворчества определяется его коллективной волей (при соблюдении законотворческой процедуры), то для органов конституционного правосудия требуется «дополнительная» легитимация правотворческой деятельности – *сильная, качественная аргументация решений вкупе с учетом статуса органа*⁷⁷.

Стоит отметить, что помимо квазинормативного, взаимосвязанного с осуществляемой интерпретационной деятельностью в рамках аргументации решений, характера, решения органов конституционного контроля обладают также доктринальным характером. Он проявляется через влияние таких

⁷⁵ Бондарь Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права, 2007, № 4. Доступ через СПС «Консультант Плюс».

⁷⁶ В российской юриспруденции закрепилось понятие правовых позиций прежде всего по отношению к практике КС РФ. Следует отметить, что именно правовые позиции, с одной стороны, придают решениям Конституционного Суда нормативно-правовые качества, а с другой – предопределяют конституционно-доктринальную природу решений органов конституционного правосудия, поскольку, не углубляясь в детальный анализ подходов к пониманию термина, в любом случае правовые позиции – это с содержательной точки зрения именно те звенья аргументации решений, часто одновременно являющиеся ее конечными элементами, то есть выводами, которые заключают в себе конституционно-правовые идеи, правила, принципы, придающие решениям квазинормативный, прецедентный и доктринальный характер, ввиду их последующего практического и теоретического юридического и политико-правового применения. См.: Кряжкова О. Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: вопросы теории и практики. Автореф. дисс. к. ю. н. Москва. 2004. С. 13-15.

⁷⁷ Этим не отрицается необходимость принятия обоснованных решений, законов законодательной ветвью власти, но подчеркивается особая значимость аргументации для решений органов конституционного контроля.

решений на развитие конституционно-правовой науки, тем более учитывая, что нередко судьи органов конституционной юстиции помимо практической, занимаются и исследовательской деятельностью в качестве правоведов, а также через межотраслевое значение решений, которое достигается посредством воплощения в них концептуальных научно-теоретических подходов вкупе с реальной юридической практикой⁷⁸.

Примерами такого воплощения являются судебные конституционно-правовые доктрины⁷⁹, к которым относимы, в частности, доктрина «горизонтального» эффекта действия конституционных прав, концепции «ядра» конституционного права⁸⁰, конституционной идентичности, доктрины публичного интереса, разумных ожиданий (англ.: *legitimate expectations*)⁸¹.

При этом обозначенные судебные доктрины, сформированные в практике конституционного правосудия, подчеркивают не только и не столько доктринальный потенциал и характер аргументации решений органов конституционной юстиции, сколько ее практическое значение с точки зрения влияния на защиту конституционных прав и свобод, обеспечение стабильности и в то же время своевременного развития правопорядков.

Так, повышению уровня защищенности прав и свобод граждан на практике служит реализация одной из таких доктрин – так называемого эффекта «горизонтального» действия конституционных прав, то есть распространения, хотя и как правило опосредованного, гарантий защиты основных прав на частноправовую сферу, в отношении частных, а не только

⁷⁸ Бондарь Н. С., Джагарян А. А. Глава 7. Конституционное правосудие как институт обеспечения прямого действия конституции Российской Федерации. В: Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М.: ИЗиСП, НОРМА, ИНФРА-М, 2017.

⁷⁹ См., например: *Тарибо Е. В.* Судебно-конституционная доктрина «факультативности налоговых льгот»: пределы применения // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 2. С. 10-17.

⁸⁰ См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2010 № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 3, 2010.

⁸¹ См., например: *Василевич Г. А.* Современное конституционное нормотворчество и правоприменение как фактор консолидации российского общества. С. 70-81. С. 75-76. В: Конституция и модернизация законодательства: материалы XV Международной школы-практикума молодых ученых юристов (Москва, 27 мая – 5 июня 2020 г.) / А.Я. Капустин, И.И. Кучеров, С.А. Сеницын, А.И. Ковлер, Ю.Н. Кашеварова и др.; пред. ред. кол. Т.Я. Хабриева. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИД «Юриспруденция», 2020.

публичных субъектов⁸². В Германии, например, признание ФКС ФРГ влияния гарантий защиты конституционных прав на деятельность негосударственных, частных субъектов устоялось и сформировалось в отдельную соответствующую доктрину, именуемую в немецкоязычной юриспруденции “*Drittwirkung*” (дословный перевод с немецкого: «действие на третьих лиц»). Доктрина предполагает, что заявитель (истец) вправе полагаться на национальный «билль о правах», закрепленные конституционные права как основу для предъявления иска другому лицу или государству за нарушение этих прав⁸³. В качестве знакового дела, иллюстрирующего использование данной доктрины в аргументативной конституционной судебной практике ФРГ, считается *дело Люта* 1958 года, в котором ФКС ФРГ указал, что хотя основные права и служат в первую очередь тому, чтобы защитить свободу каждого от посягательств государственной власти, Основной закон не представляет собой нейтральную в ценностном отношении систему, а в своем разделе об основных правах устанавливает объективную иерархию ценностей, и эта система ценностей должна распространяться в качестве основного конституционно-правового решения на все области права, включая гражданское. Спор между частными лицами о правах и обязанностях, исходящий из обусловленных основными правами норм поведения, регулируемых гражданским правом, остается, как отметил Суд, в материальном и процессуальном плане гражданско-правовым спором, но в таком случае применение и толкование гражданско-правовых норм должно следовать публичному праву, то есть конституции⁸⁴.

Указанная доктрина «горизонтального» эффекта основных прав в том или ином виде используется в России, США, Канаде, ЮАР и других странах, а также в

⁸² *Danwood M. Ch.* The horizontal application of constitutional rights in a comparative perspective // *Law, Democracy and Development*. Volume 10 (2). 2006. P. 21-48. P. 45-46.

⁸³ См.: *Danwood M. Ch.* Op. cit. P. 30-34; Tushnet M. The Issue of State Action / Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 1. 2003. No. 1. P. 79-98; *Gardbaum S.* The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights // *Michigan Law Review*. Vol. 102. 2003. No. 3. P. 387-459.

⁸⁴ *Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г.* Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях: учебное пособие. М.: URSS, КРАСАНД, 2015. С. 720. С. 224-225; *Bverfge 7, 198 – Lüth*. С текстом решения, переведенным на английский можно ознакомиться по ссылке: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51> (дата обращения: 01.02.2021).

практике органов международного правосудия, например, Европейского Суда по правам человека. При этом степень конституционализации частного права в зависимости от юрисдикции и соответствующих ей традиций, правопонимания, нормативной базы отличается. Например, в США утвердилась доктрина *state actions* (в переводе с английского языка: доктрина «государственных действий»), согласно которой конституция защищает только от действий со стороны государства, но не частных субъектов⁸⁵. Однако в некоторых случаях действия частных субъектов могут приравниваться в контексте конституционной защиты прав к действиям государства, например, при осуществлении частными лицами публичных функций, при вовлечении в деятельность частных лиц публичных структур посредством каких-либо договоренностей или финансирования, при реализации частными субъектами действий во исполнение предписаний публичных органов и должностных лиц⁸⁶. В литературе справедливо отмечается, что «горизонтальный эффект» может проявлять себя как напрямую, то есть путем применения конституционных положений к деятельности частных субъектов, либо не напрямую, косвенно, то есть посредством влияния конституционных норм на частноправовое отраслевое законодательство, регулирующее деятельность частных лиц⁸⁷. В последнем случае отчасти также проявляется конституционное свойство, выражающееся в том, что основной закон выступает базой текущего законодательства⁸⁸.

⁸⁵ См.: Подоплелова О.Г., Степанов Д. И. Добросовестные приобретатели против недобросовестного государства: дело Александра Дубовца в Конституционном Суде России. Комментарий к Постановлению от 22 июня 2017 года № 16-П // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 6. С. 101-114; Должиков А. В. Влияние конституционных прав на российскую правовую систему // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 6. С. 109-120; Колотова Н. В. О «горизонтальном» действии прав человека. С. 150-157. В: Верность Конституции. Материалы Всероссийской научно-практической конференции, посвященной 80-летию со дня рождения Н. В. Витрука. Под ред. В. Корнева. Litres, 2019; Gardbaum S. Where the (State) Action Is // International Journal of Constitutional Law. Vol. 4. 2006. No. 4. P. 760-779; Гриценко Е. В. Формирование доктрины прямого действия конституции в российском конституционном праве // Государство и право. 2015. № 6 С. 5-18.

⁸⁶ См., например: *Peterson v. City of Greenville*, 373 U.S. 244 (1963) // URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/244/> (дата обращения: 01.02.2021). См. подробнее: Danwood M. Ch. Op. cit. P. 22-23.

⁸⁷ Gardbaum S. Where the (state) action is // International Journal Of Constitutional Law. Vol. 4. 2006. No. 4. P. 764.

⁸⁸ Авакьян С. А. Конституционное право России: учебный курс: в 2 т. Т. 1. 7-е издание, переработанное и дополненное. М.: Норма, Инфра-М. 2022. § 6. Юридические свойства конституции.

Доктринальный характер решений органов конституционного правосудия вкупе с квазинормативным в контексте аргументации означает (как показывает пример «горизонтального эффекта»), что устоявшиеся в конституционной судебной практике доктрины приобретают свойства нормативности – устанавливают некоторое правило, которое при разрешении последующих дел может являться доводом (аргументом) в пользу принимаемого решения⁸⁹.

Таким образом, на основании настоящего параграфа можно заключить, что ввиду сочетания в решениях органов конституционного правосудия свойств и характеристик *юридических текстов аргументирующего типа, судебных актов уполномоченных органов – органов конституционного правосудия и актов смешанной правовой природы*, к аргументации таких решений должны предъявляться соответствующие требования, обусловленные данной *комплексной природой*.

Речь о следующих конкретных и общих требованиях: 1) *рациональной* аргументации с точки зрения теории аргументации и грамотной речевой (письменной) презентации решений как юридических текстов (обоснование релевантными доводами; открытость к «критике» – аргументам разных участников процесса; изложение в соответствии с правилами формальной логики и риторики); 2) опоры на *диверсифицированный методологический арсенал* толкования конституционных норм и иных объектов толкования и аргументации (что вытекает из аргументирующего типа текстов решений и их природы как актов специфических судебных органов – органов конституционного правосудия); 3) *«разумной сдержанности»* и необходимости *обоснования* *судейского правотворчества* (ввиду отнесения решений к актам правоприменительной практики, хотя и особого значения в контексте влияния на правопорядок); 4) в целом *высоко качества*

⁸⁹ Как показывает практика, правила, не закрепленные в законе, могут формироваться и ординарными судами с целью рационализации деятельности и повышения эффективности правосудия. При этом нередко в таких случаях соответствующие вопросы попадают на рассмотрение КС РФ, поскольку вызывают вопросы у граждан. См.: *Тарибо Е. В.* Неписанные нормы и правила в судебной деятельности // Судья. Декабрь 2022. С. 17-22. С. 22.

аргументации, в том числе *правовую определенность формулировок*, используемых в решениях, в связи с квазинормотворческим характером решений, включая в отношении применяемых в них судебных доктрин.

Представляется, что сочетанию и удовлетворению таких требований в рамках аргументации решений органов конституционного правосудия может способствовать применение различных подходов к рассмотрению аргументации и ее осуществлению: от нацеленных на выявление закономерных связей и отношений между структурными элементами рассуждений, отвлекающихся от субъектных, эпистемологических особенностей познавательных процедур и опирающихся на формальные и формализованные методы (*преимущественно логические подходы к аргументации*) до вариаций коммуникативного подхода (*риторические, диалектические, прагматингвистические*)⁹⁰.

Решения органов конституционного правосудия обладают противоречивыми на первый взгляд чертами – например, являются правоприменительными и *de facto* правотворческими актами. Такая внутренняя «борьба», представляется, и обуславливает необходимость аргументации решений также с позиций различных, отчасти конфликтующих подходов путем их комплексного применения, отталкиваясь от стремления соблюсти вышеназванные требования.

1.2. Подходы к аргументации в практике конституционного правосудия

В целях настоящего исследования подходы к аргументации будут рассматриваться в рамках анализа практики конституционного правосудия и непосредственно используемых судьями приемов, то есть исходя из прикладного характера аргументации. Отсутствие по крайней мере в отечественной доктрине разработанной теории аргументации решений

⁹⁰ Лисанюк Е. Н. Логико-когнитивная теория аргументации. С. 68-71.

органов конституционного контроля имеет практические последствия, в частности, сказывается на системности в применении аргументационных подходов, на открытости и полноте применения таких подходов, что в свою очередь влияет на свойство предсказуемости решений и в конечном счете реализацию принципа верховенства права, включая верховенство конституции.

Обозначенным подчеркивается известный фактор взаимообусловленности развития теории, в частности правовой науки, и практики. В этой связи в рамках настоящего исследования целесообразным представляется рассмотреть теоретические аспекты обоснования решений органов конституционного правосудия с тем, чтобы выявить пробелы в теории и обозначить возможные пути их восполнения, и проследить, каким образом теоретические разработки в области аргументации решений органов конституционного правосудия могут способствовать повышению эффективности конституционного правосудия. При этом в понятие эффективности в данном контексте вкладывается широкий смысл, заключающий в себе в том числе уровень доступности решений органов конституционного правосудия для понимания адресатами, действенность института конституционного правосудия с точки зрения разрешения конкретных конституционно-правовых споров, исполнимость таких решений, оказываемое ими влияние на правопорядок.

Кроме того, следует указать на сложившуюся кризисную ситуацию в исследованиях аргументации в целом⁹¹: междисциплинарный характер феномена аргументации и соответствующие попытки его рассмотрения с позиций вычленения разных ключевых характеристик аргументации (например, познавательного характера аргументационной деятельности, коммуникативного или социального) приводят к отсутствию единого понятия аргументации и, соответственно, единой теории аргументации *per se*, хотя

⁹¹ Мигунов А. И., Лисанюк Е. Н. Теория аргументации: конкуренция современных исследовательских подходов // ВЕСТНИК РФФИ. Гуманитарные и общественные науки. 2018. № 1. С. 77-87.

обозначенное разнообразие одновременно способствует актуализации проблематики теории аргументации.

Аналогичным образом не сформирована теория юридической аргументации. Настоящее исследование, не претендуя на всесторонний охват рассмотрения аргументации, между тем определяет ключевые «опорные точки» в теории аргументации решений органов конституционного правосудия с учетом специфики конституционного правосудия, чем вносится вклад в развитие теории аргументации в целом в части конституционно-правовой науки.

Краткое рассмотрение основных подходов к пониманию, анализу и моделированию аргументации позволит в рамках настоящей работы уяснить ключевые возможности методологического аппарата аргументации и сделать выводы об их применимости к практической юридической деятельности по осуществлению конституционного правосудия.

К восприятию аргументации как феномена и, как следствие, ее изучению, моделированию и осуществлению, сформировалось множество подходов (их групп). В качестве основных подходов можно выделить исходя из анализа соответствующей литературы и с учетом целей настоящей диссертации следующие: *формально-логический, риторический, прагма-диалектический*⁹².

Данные подходы вычлняются укрупненно, исходя из прикладного смысла деятельности по осуществлению конституционного правосудия⁹³. В доктрине теории аргументации и юридической науке выделяются, например, такие отдельные подходы к аргументации как «логический», «коммуникативный», «когнитивный» (предполагающий признание

⁹² См.: Брюшинкин В. Н. Когнитивный подход к аргументации // РАЦИО.RU. 2009. № 2. С. 2-22; Лисанюк Е. Н. Логико-когнитивная теория аргументации. С. 68-129; Брюшинкин В. Н. Системная модель аргументации. В: Трансцендентальная антропология и логика: труды международного семинара «Антропология с современной точки зрения» и VIII кантовских чтений / Калинингр. Ун-т – Калининград, 2000. С. 133-155; Хизанишвили Д. В. Особенности когнитивного подхода к аргументации: аспекты моделирования // Известия Уральского федерального университета. Сер. 3, Общественные науки. 2014. № 4 (134). С. 155-163; Жмакина Т. В. Прагма-диалектическая концепция аргументации как эффективный инструмент анализа и оценки аргументативного политического дискурса // «Вышэйшая школа»: навукова-метадычны і публіцыстычны часопіс. 2019. № 2. С. 43-47.

⁹³ Который заключается в вынесении конкретного судебного решения, аргументация которого достигает своих целей (о целях аргументации – следующий параграф настоящей главы).

решающего влияния на успех/неуспех аргументации внутреннего представления адресата субъектом убеждения и учете ограничений логических и познавательных возможностей субъекта)⁹⁴, «дедуктивный», «герменевтический», «рационального дискурса»⁹⁵.

Между тем, исходя из разнообразия подходов можно вычленить с точки зрения центральных для подходов идей, руководящих «принципов» *логику* (апелляция к разуму, рациональности), *риторику* (апелляция к убеждению, «искусство речи») и *пользу* (ориентация на такую цель как разрешение конфликта). Такое представление о ключевых идеях среди множества подходов – условно, поскольку подходы разрабатывают исследователи разных научных областей с различными целеполаганием и системой понятий. Однако так или иначе данные ключевые принципы утверждаются в доктрине при рассмотрении вопросов аргументации, и в рамках настоящего исследования выбор соответственно формально-логического, риторического и прагматического подходов в качестве тех, на основе сочетания которых должен формироваться комплексный подход к аргументации решений органов конституционного правосудия, обусловлен природой практической юридической деятельности по аргументации таких решений.

Именно логика (как условно апелляция к разуму⁹⁶), риторика (апелляция к убеждению) и польза отражают «в сухом остатке» характеристики «должного» в отношении аргументации решений органов конституционного правосудия. Решения по своему содержанию должны быть соответственно *рациональными, убедительными и справедливыми – приводящими к справедливому разрешению конкретного спора на благо сторон и общества.*

⁹⁴ Брюшинкин В. Н. Когнитивный подход к аргументации // РАЦИО.RU. 2009. № 2. С. 2-22; Сергеев В.М. Когнитивные модели в исследовании мышления: структура и онтология знания // Интеллектуальные процессы и их моделирование /Под ред. Е.П. Велихова и А. В. Чернавского. М.: Наука, 1987. С. 179-195.

⁹⁵ См. подробнее: Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. Пб.: ООО «Универ. издат. консорц. «Юридическая книга»», 2011. С. 446-456. Перевод с нем. Антонова М. В; Белов С. А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве? // Правоведение. 2014. № (316). С. 224-236.

⁹⁶ В данном контексте в узком понимании формально-логического обоснования.

Данное «обоснованное предположение»⁹⁷ основывается на примирении двух в обобщенном виде ключевых стратегий судебного правоприменения: *производного от позитивизма формализма и реализма*⁹⁸. Они в совокупности диктуют необходимость опоры на разум в смысле стройных и логичных рассуждений, основанных на законе, воспринимаемом в качестве воплощения разума, а также на убеждение аудитории и прагматические, ценностные факторы⁹⁹. Предлагаемый в настоящей работе комплексный подход к аргументации решений органов конституционного контроля – это попытка найти компромиссное, но при этом достаточно конкретное для целей правоприменения решение, не впадая в радикальные проявления каждого из возможных подходов.

Как ранее было обозначено, прежде всего принадлежность решений органов конституционного правосудия к категории юридических текстов аргументирующего типа требует от них рациональности, которая предполагает соблюдение правил формальной логики. Данное требование, представляется, не нуждается в доказывании, поскольку продиктовано здравым смыслом: решение суда должно быть логично структурировано, формулировка выводов должна прослеживаться и строиться с учетом «классических» правил формальной логики: «закона тождества», «закона непротиворечив» и т. д. Представляется, что формально-логический подход в определенном смысле выступает «базисом» любой аргументации. Аргументация решений органов конституционного правосудия не является исключением.

Однако, в связи с тем, как будет далее рассмотрено подробнее, что опоры на один только формально-логический подход недостаточно в рамках

⁹⁷ «...В лучшем случае юристы могут сделать обоснованное предположение...» (*Шаниро С. Законность / пер. с англ. С. Коваль; под науч. ред. А. Павлова. М., 2021. С. 394–395.*). Цит. по: Стратегии судебного толкования и принципы права: учебное пособие / Е. В. Тимошина, Н. С. Васильева, А. А. Краевский, В. Е. Кондуоров, Д. А. Сошникова; под ред. Е. В. Тимошиной. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2022. С. 339.

⁹⁸ Стратегии судебного толкования и принципы права: учебное пособие / Е. В. Тимошина, Н. С. Васильева, А. А. Краевский, В. Е. Кондуоров, Д. А. Сошникова; под ред. Е. В. Тимошиной. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2022. С. 103-113.

⁹⁹ Там же. Сс. 10, 49, 91-92, 126, 210 (сноска 78).

конституционно-правовой судебной аргументации ввиду в том числе сложности учета социальных обстоятельств, устройства правопорядка – необходимо применение и иных подходов, позволяющих учитывать социальную природу правоотношений и ориентацию на разрешение конституционно-правового спора с учетом последствий принимаемого решения.

Итак, «базисный» – формально-логический подход¹⁰⁰ к аргументации строится на правилах формальной логики и, соответственно, предполагает формальную правильность рассуждений: логический подход характеризуется точно определенным запасом средств аргументации и отображает такое свойство аргументации как обоснованность одних высказываний другими высказываниями¹⁰¹. Применительно к аргументации органов конституционного правосудия это означает, что, во-первых, в арсенале судей всегда имеется определенный аппарат юридической методологии (прежде всего методы толкования правовых норм),¹⁰² и, во-вторых, что исходные утверждения аргументации, то есть, как правило, конституционные нормы, обуславливают дальнейшие утверждения суда.

Так, отвечая на вопрос о том, является ли сожжение флага «символической речью», охраняемой Первой поправкой к Конституции США, Верховный Суд США в решении 1989 года по делу *Texas v. Johnson*¹⁰³, в итоге признав такую охрану, начал аргументацию с определения того, охватывается ли поведение господина Джонсона, который был осужден за осквернение флага, а не за оскорбительные речи, Первой поправкой. Верховный Суд указал, что буквально Первая поправка запрещает ущемлять

¹⁰⁰ В данном случае не отождествляется с нормативным подходом, опирающимся на неформальную логику. См. подробнее: *Крючкова С. Е.* Теория аргументации: когнитивный подход // Вестник Университета (Государственный университет управления). 2013. № 13. С. 219-222. С. 220.

¹⁰¹ *Брюшинкин В. Н.* Системная модель аргументации. В: Трансцендентальная антропология и логика: труды международного семинара «Антропология с современной точки зрения» и VIII кантовских чтений / Калинингр. Ун-т – Калининград, 2000. С. 133-155. С. 139.

¹⁰² Между тем в том числе по причине незакрытого перечня средств аргументации в рамках конституционного правосудия нельзя говорить об опоре только на формально-логический подход.

¹⁰³ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/#tab-opinion-1958037> (дата обращения: 14.04.2022).

только свободу «речи», но давно было признано, что такая защита не ограничивается устным или письменным словом и что поведение может быть «достаточно насыщено элементами коммуникации, чтобы подпадать под действие Первой и Четырнадцатой поправок¹⁰⁴». Решая, обладает ли конкретное поведение достаточными коммуникативными элементами, чтобы задействовалась Первая поправка, Суд далее задался вопросом, присутствовало ли в действиях намерение передать конкретное сообщение, и была ли велика вероятность того, что сообщение будет понято адресатами. Отправной точкой служит текст конституции с заключенными в нем понятиями. Понятие «свободы речи» в данном случае стало исходным конституционным утверждением, позволившим выстроить дальнейшее обоснование.

КС РФ, например, традиционно «открывает» аргументацию (как правило, в пункте 2 постановлений) изложением конституционных норм¹⁰⁵.

На любом формальном уровне аргументация предстает в виде структурных схем или функциональных моделей, призванных продемонстрировать особенности различного рода связей отдельных элементов аргументации между собой, причем и сами элементы, и связи между ними рассматриваются абстрактно. Подобное структурирование наблюдается в решениях органов конституционного правосудия – суды, как было показано выше, в любом случае выстраивают связи между утверждениями, между фактами и нормами. При этом в рамках формально-логического подхода подобные схемы и модели, как правило, абстрагированы от речевой или лингвистической формы предъявления аргументов, а также от того обстоятельства, участвуют ли в аргументации люди или абстрактно трактуемые «интеллектуальные агенты»¹⁰⁶, в то время как для

¹⁰⁴ Spence v. Washington, 418 U. S. 405, 418 U. S. 409-411 (1974). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/405/> (дата обращения: 14.04.2022).

¹⁰⁵ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2020 года № 49-П // Российская газета, № 6, 15.01.2021; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 марта 2022 года № 11-П // Российская газета, № 67, 30.03.2022.

¹⁰⁶ Лисанюк Е. Н. Логико-когнитивная теория аргументации. С. 82.

конституционного правосудия форма представления аргументов имеет значение, о чем будет сказано далее при рассмотрении риторического подхода.

С одной стороны, точно определенный запас средств аргументации является достоинством формально-логического подхода, поскольку подсказывает при анализе текстов и реальных процессов аргументации готовые модели и предписывает эффективные средства аргументации. Однако, с другой стороны, это является недостатком, поскольку процессам аргументации заранее навязывается нормативная модель: формально-логический подход предполагает идеализированные модели аргументации, применение которых к реальным текстам и процессам может быть затруднено¹⁰⁷. Например, в Постановлении КС РФ № 33-П от 18 июля 2022 г.¹⁰⁸ Суд, признав не соответствующими Конституции РФ часть вторую статьи 27 Уголовно-процессуального кодекса РФ и пункт «в» части первой статьи 78 Уголовного кодекса РФ, на основании которых фактически подозреваемый или обвиняемый, срок давности уголовного преследования которого истек, *не считая себя виновным*, ставится в ситуацию, когда он *вынужден делать выбор*: настаивать на не ограниченном по времени продолжении своего же уголовного преследования либо соглашаться с прекращением такового по нереабилитирующему основанию. В такой аргументации Суда прослеживается риторический аспект, позволяющий учитывать социальную природу правоотношений: апелляция к состоянию подозреваемого или обвиняемого с эмоциональной точки зрения – человек не должен ставиться в уязвимое положение необходимости делать выбор между вариантами, каждый из которых ставит его в невыгодное положение на основании действующих формальных правил. При этом в юридической плоскости речь идет среди прочего о соблюдении принципа «правовой определенности».

¹⁰⁷ Брюшинкин В. Н. Системная модель аргументации. В: Трансцендентальная антропология и логика: труды международного семинара «Антропология с современной точки зрения» и VIII кантовских чтений / Калинингр. Ун-т – Калининград, 2000. С. 133-155. С. 139.

¹⁰⁸ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 июля 2022 года № 33-П // <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision622002.pdf> (дата обращения: 21.07.2022).

В контексте экстраполяции рассматриваемых подходов на юридическую деятельность стоит отметить, что опора на идеализированные нормативные установления свойственна праву как социальному явлению, однако ввиду осложнения юридических процессов и конституционного правосудия в частности социокультурными (включая морально-нравственные, экономические, политические), психологическими и иными внеправовыми факторами такой опоры часто оказывается недостаточно в качестве «фундамента» аргументации принимаемых решений (решений органов конституционного правосудия).

Так, рассматривая вопрос о возможности признания обязательства по договору потребительского кредита досрочно исполненным гражданином-должником путем размещения денежных средств на банковском счете, специально открытом для этой цели, после отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций¹⁰⁹, КС РФ начал аргументацию с указания на то, что в качестве одной из основополагающих ценностей Конституция РФ в преамбуле «называет веру в добро и справедливость», обосновывая впоследствии позицию о том, что правоприменители не должны ограничиваться формальным признанием юридического равенства сторон при их фактическом неравенстве¹¹⁰. В данном случае апелляция к морально-нравственным категориям добра и справедливости преамбулы Конституции РФ не кажется необходимой для обоснования позиции о возможности реализации дифференциации в рамках принципа равноправия, однако в любом случае свидетельствует о том, что конституционное регулирование включает в себе дихотомию идеализированных нормативных установлений, которые в то же время заключают в себе выходящие за рамки исключительно правовой материи категории. Так, апелляция к морально-нравственным категориям в канве

¹⁰⁹ КС РФ признал такую возможность.

¹¹⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 марта 2022 года № 12-П // Российская газета, № 72, 05.04.2022.

аргументации решения чужда *исключительно* формально-логическому подходу, однако используется органами конституционного правосудия как в нормативном ключе, то есть путем указания на закрепление соответствующих норм-целей и т. д., что в целом могло бы встраиваться в логический подход, так и в естественно-правовом ключе, требующем *ad minimum* учета целеполагания права и опоры на изменчивые категории морали, что означает необходимость комбинации формальной логики в конституционном правосудии с другими подходами.

В комплексном применении с другими подходами формально-логический инструментарий, включая, например, такие логические требования к аргументации как *ясность формулировки тезиса, правило неизменности тезиса, ясность определения* (как логической процедуры придания точно фиксированного смысла языковому выражению), *запрет содержания в определении круга* и т. д.,¹¹¹ оказывается востребованным – придает аргументации *рациональный характер*, способствует обеспечению ее непротиворечивости.

Примером сочетания подходов в аргументации может служить Постановление КС РФ от 2 июня 2022 года № 23-П о диспозитивности норм о расторжении договора найма жилого помещения. С одной стороны, КС РФ наглядно опирается на *классическое логическое построение умозаключений*, выводя на основе одного или нескольких суждений следующее: «Следуя из конституционных норм о свободе в экономической сфере, о признании и защите частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности на основе равенства перед законом и судом...Гражданский кодекс...провозглашает свободу договора... В пункте 3 статьи 1 данного Кодекса нашло отражение и требование...действовать добросовестно, вытекающее из конституционного положения о том, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других

¹¹¹ См.: Кузина Е. Б. Теория и практика аргументации: учебник. Москва: Проспект, 2021. С. 113-124.

лиц...С учетом этого свобода договора не является абсолютной...». КС РФ *соблюдает также запрет содержания в определении круга*, отмечая, например, что «право на жилище выступает получившим международное признание элементом комплексного права на достаточный жизненный уровень». С другой стороны, Суд прибегает к *аксиологическому, ценностному восприятию конституционных норм*:¹¹² «такие ценности, как гражданский мир и согласие, необходимость осуществлять права и свободы человека без нарушения прав и свобод других лиц, соразмерность возможных их ограничений, сбалансированность прав и обязанностей гражданина и социальная солидарность...представляют собой объективную систему, лежащую в основе конституционализации частноправовых норм при их применении судами...»; *учитывает социальную природу правоотношений, в том числе интересы разных субъектов права*, указывая, что жилье может использоваться на практике в отличающихся аспектах: «для гражданина-нанимателя оно в большей степени служит социальным благом, а для собственника-наймодателя – прежде всего благом экономическим».

Кроме того, КС РФ опирается на *прагматический подход*, учитывая *практические последствия* нормативного регулирования и указывая в качестве довода, что «отсутствие у наймодателя права расторгнуть договор во внесудебном порядке, даже при существенном нарушении условий договора нанимателем и при наличии этого права у нанимателя, создает отрицательный стимул сдавать жилые помещения внаем, а при сдаче – надлежащим образом оформлять договоры, что способствует снижению предложения на данном рынке и росту стоимости найма жилья, мешает легализации этого рынка и позволяет избегать уплаты налогов в бюджет»¹¹³.

Важно отметить, что в рамках обоснования решений органов конституционного правосудия речь идет о применении правил формальной

¹¹² Что актуально для риторического подхода, предполагающего опору на правдоподобность, а не логическую «истинность» посылки.

¹¹³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июня 2022 года № 23-П // Российская газета, № 129, 17.06.2022.

логики в рамках аргументации как процесса и как результата *по конкретному делу*. В противном случае имея в виду изменчивость текущего нормативного регулирования, которое может устанавливаться в развитие конституционных положений, а также возможность «эволюции» самих конституционных норм путем изменения прежних правовых позиций суда и даже прецедентов, было бы невозможно говорить об использовании формально-логического подхода органами конституционного контроля при обосновании решений. Однако данный подход используется судьями и необходим в целях обеспечения рациональности аргументации. При этом стоит отметить, что формально-логический подход не должен сводиться на практике к уходу в крайние проявления правового формализма (в «погоне» за соблюдением требования о неприемлемости апелляции к неverified утверждениям, то есть естественно-правовым и иным аргументам за рамками этатистского понимания норм права).

«Право далеко не всегда логично»¹¹⁴. Данное понимание открывает возможности выхода за рамки буквально толкования норм права и формальных конструкций при обосновании решений. Между тем недостаточность формально-логического аппарата¹¹⁵ для решения правовых коллизий с учетом фактических обстоятельств не означает, что следует исключать применение формально-логических средств аргументации в конституционном правосудии. Такие средства с точки зрения и структурирования аргументации, и содержания доказывают свою полезность на практике, как ранее было показано.

Значительную роль при аргументации решений органов конституционного контроля играет, например, *полнота представления посылок*. Формальная логика допускает наличие «опущенных посылок»,

¹¹⁴ House of Lords. *Quinn v. Leatham* [1901] A.C. 495, 506. Цит. по: Halper T. *Logic In Judicial Reasoning* // *Indiana Law Journal*. 1968. Vol. 44: Iss. 1, Article 2. P. 33-48. P. 33.

¹¹⁵ В рамках любой аргументации, завязанной на переменных социальной природы (как в случае с конституционным правосудием) формальная логика и-за метода, ориентированного на формальную правильность силлогизма оказывается неспособной к разрешению конфликтов, и требуется обращение к предметной (содержательной) логике (трансцендентальная логика в понимании И. Канта).

однако это может касаться только очевидных утверждений. Для обеспечения последовательности аргументации посылки, не являющиеся очевидными, в качестве которых в рамках конституционного правосудия выступают, например, позиции сторон должны приводиться в решении.

Так, О. Н. Кряжкова и Ю. А. Рудт, сравнивая два связанных с проблемами ВИЧ-инфицированных лиц дела – КС РФ (Постановление от 12 марта 2015 года № 4-П¹¹⁶) и Конституционного суда ЮАР (*Hoffmann v. South African Airways* от 28 сентября 2000 года¹¹⁷), обратили внимание, что в Постановлении КС РФ отражены только требования заявителей без доводов и не обозначена позиция противоположной стороны процесса. В то же время в решении Конституционного суда ЮАР доводы участников процесса воспроизводятся и анализируются. «При этом в тексте практикуются ссылки на письменные документы и даже на устные выступления представителей сторон»¹¹⁸. Неприведение КС РФ в решении позиции противоположной стороны процесса, как отмечают авторы, входит в определенное противоречие с принципом состязательности и равноправия сторон в конституционном судопроизводстве (ст. 35 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»¹¹⁹). В контексте вопроса о структурировании аргументации отсутствие такого элемента описательно-мотивировочной части решения как приведение позиций участников процесса заключает в себе риск неполной аргументации из-за отсутствия соответствующей реакции суда – опровержения либо подтверждения. В качестве «показательного» момента авторы приводят тот факт, что семьи в российском деле заявляли о нарушении права на *охрану достоинства личности*, однако среди конституционных норм, которым, как постановил в

¹¹⁶ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 12 марта 2015 года № 4-П // Российская газета, № 65, 30.03.2015.

¹¹⁷ South African Constitutional Court. *Hoffmann v. South African Airways*. 28 September 2000. Case № CCT 17/00. <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/17.html> (дата обращения: 22.07.2021).

¹¹⁸ Кряжкова О. Н., Рудт Ю. А. Расстановка мест слагаемых в решениях конституционных судов: почему сумма меняется? // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 5. С. 120-135.

¹¹⁹ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ (ред. от 28.12.2016) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // <http://www.pravo.gov.ru> - 29.12.2016.

итоге КС РФ, не соответствуют обжалованные законоположения, часть 1 статьи 21 Конституции РФ отсутствует.¹²⁰ Если бы КС РФ привел аргументацию заявителей, ему, вероятно, труднее было бы «упустить» в мотивировочной и, как следствие, резолютивной частях ссылку на обозначенную статью об охране достоинства личности либо нужно было бы отдельно это обосновать.

Так, Конституционный Суд ЮАР в свою очередь инкорпорировал в решение позиции сторон и иных участников таким образом, что аргументация представляется полной, учитывающей все релевантные факторы, а не только избранные Судом. Например, в самом начале при описании фактических обстоятельств дела Суд указывает на позицию авиакомпании, утверждавшей, что практика трудоустройства в компании направлена на выявление всех видов инвалидности, которые делают человека непригодным для работы в качестве члена летного экипажа, а не только ВИЧ-положительных лиц, а далее Суд сразу отмечает, что утверждения авиакомпании противоречат медицинским доказательствам, представленным экспертом, о том, что не все ВИЧ-инфицированные лица находятся в «непригодном» состоянии иммуносупрессии¹²¹.

Мнение вышеуказанных авторов о целесообразности приведения в аргументации доводов участников процесса представляется справедливым. С нормативной, процессуальной точки зрения органы конституционного правосудия, как правило, не обязаны излагать в письменном виде в решении все доводы сторон. Однако в данном случае речь ведется о дисциплинирующем аспекте приведения Судом позиций участников разбирательства, поскольку это требует от суда ответной реакции, и, тем самым, способствует полноте аргументации и достижению ее цели – принятию решения обществом, о чем будет сказано далее.

¹²⁰ Кряжкова О. Н., Рудт Ю. А. Указ. соч. С. 120-135. Курсив мой – А. У.

¹²¹ South African Constitutional Court. Hoffmann v. South African Airways. 28 September 2000. Case № CCT 17/00. <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/17.html> (дата обращения: 22.07.2021). Par. 7-8.

Стоит отметить, что само по себе Постановление КС от 12 марта 2015 года № 4-П¹²² рассматривалось на практике в позитивном ключе как содержащее в себе предписание судам о недопустимости формального толкования норм закона при принятии тех или иных решений, способных ущемить в правах людей по признаку заболевания ВИЧ-инфекцией и необходимости учета всех факторов в конкретной ситуации¹²³. При этом критические замечания с позиций соблюдения принципа состязательности сторон и полноты аргументации представляются обоснованными – их учет мог бы сделать аргументацию КС РФ по обозначенному делу эффективнее (в частности, в доктринальном плане и практическом – с точки зрения «наполнения» смыслом понятия охраны достоинства личности).

Искусство мышления не сводится к формальной логике¹²⁴, однако ее применение обнаруживает себя почти в любом юридическом тексте, включая решения органов конституционного правосудия. Дело в том, что формальную логику необходимо рассматривать *не в качестве универсального и всеобъемлющего подхода к правовой аргументации решений, а в качестве базового, но только одного из инструментов* такой аргументации, который может использоваться наряду с другими приемами¹²⁵.

Например, выбрав одно из постановлений КС РФ 2020 года, которым Суд признал не противоречащими Конституции РФ введенные в Московской области ограничения по передвижению граждан в связи с распространением коронавирусной инфекции, увидим в структуре изложения правовой аргументации среди прочего следующий силлогизм: Конституция РФ (статьи 2, 7 и 41) исходит из того, что жизнь и здоровье человека – высшее благо. Забота о сохранении и укреплении жизни и здоровья человека образует одну

¹²² См. также Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 июня 2018 года № 25-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 5, 2018.

¹²³ См.: Оксана Оноприенко. КС запретил отказывать ВИЧ-инфицированным усыновлять детей только на основе диагноза // <https://www.advgazeta.ru/novosti/ks-zapretil-otkazyvat-vich-infitsirovannym-usynovlyat-detey-tolko-na-osnove-diagnoza/> (дата обращения: 25.07.2022).

¹²⁴ М. Cohen and E. Nagel. An Introduction to Logic. Harcourt, Brace. 1934. P. 18-20; L. Stebbing. Modern Introduction to Logic. Methuen; 7Rev Ed edition. 1930. P. 493. Цит. по: Halper T. Logic In Judicial Reasoning // Indiana Law Journal. 1968. Vol. 44: Iss. 1, Article 2. P. 33-48. P. 48.

¹²⁵ Prakken H. Logical Tools for Modelling Legal Argument. Law and Philosophy Library. 1997. P. 8, 25.

из основополагающих конституционных обязанностей государства. Российская Федерация возлагает на себя ответственность за обеспечение санитарно-эпидемиологического благополучия населения, в том числе путем принятия и исполнения законов, направленных на предотвращение и устранение рисков для жизни и здоровья граждан, возникающих в связи с эпидемическими заболеваниями. В более формализованном виде обозначенное можно изложить как: Конституция предусматривает охрану жизни и здоровья человека. Охрана жизни здоровья человека – конституционная обязанность государства. Российская Федерация как государство конституционно обязана охранять жизнь и здоровье человека. Эпидемические заболевания несут в себе риск жизни и здоровью человека. Российская Федерация обязана охранять жизнь и здоровье человека в условиях эпидемии¹²⁶.

При этом в целом аргументацию КС РФ по данному делу нельзя отнести к построенной только на основе формально-логического подхода, в частности, ввиду обоснования Судом допустимости опережающего нормативного регулирования на региональном уровне (то есть до принятия федеральных актов, придавших такому региональному регулированию формально-юридическую легитимацию) *конкретно-исторической ситуацией*, ее экстраординарным и временным характером, а также ссылками на *мировой опыт борьбы с распространением коронавируса*, что тяготеет к методам далее рассматриваемых риторического и прагма-диалектического подходов (соответственно с точки зрения учета «переменных» условий и полезности в рамках мировой практики)¹²⁷.

Формальная логика *не связана содержанием и правовым статусом посылки* – она связана только формой аргумента. В этой связи в рамках правовой аргументации формально-логический подход заключает в себе риск

¹²⁶ В данном примере в целях наглядности опущены некоторые промежуточные посылки и заключения (в частности, что РФ – это государство, что эпидемия предполагает распространение эпидемических заболеваний).

¹²⁷ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25.12.2020 № 49-П // <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision507676.pdf> (дата обращения: 03.05.2021).

отказа от посылок, которые потенциально приводят к нежелательному заключению¹²⁸. Иными словами, при обосновании решений могут быть представлены только те посылки и аргументы, которые наилучшим образом будут соответствовать тому результату, которого хочется достичь¹²⁹. Данная проблема в контексте осуществления конституционного правосудия кристаллизуется в проблему выборочного представления судом релевантных для дела фактических и нормативных оснований, источников аргументации (трансформируемых в методы, например, сравнительно-правовой метод при выборе в качестве источника зарубежных или международных опыта, регулирования, судебной практики) и аргументов как таковых.

В зарубежной литературе такое избирательное представление оснований и аргументов в поддержку определенной позиции иногда именуется “*cherry-picking*”¹³⁰. При этом, если для сторон конституционного процесса данное явление в рамках правовой аргументации приемлемо и в принципе предполагается ввиду соответствующего преследуемого каждой из сторон законного интереса, обусловлено правовым статусом стороны, то для конституционного суда избирательность в аргументации допустима в иных пределах, а именно в рамках выбора *мета-аргументации*¹³¹, *то есть мотивов и исходных оснований для последующей правовой аргументации решения на основании категории спора, конкретных обстоятельств дела, конституционного-правового регулирования и принципов права*¹³². В

¹²⁸ Prakken H. Logical Tools for Modelling Legal Argument. Law and Philosophy Library. 1997. P. 31.

¹²⁹ Voßkuhle A. Preface to the German Law Journal’s Constitutional Reasoning Special Edition // German Law Journal. 2013. Vol. 14, no. 8. P. 979-982. P. 1009. Стоит, однако, обозначить, что при опоре, например, только на риторический поход, такой риск также сохраняется, поскольку есть возможность контекстного содержательного толкования. В этой связи ценен комплексный подход.

¹³⁰ См., например: Friedman A. Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence // 44 Suffolk University Law Review 873. February 1, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1817753>. P. 875.

¹³¹ Подробнее понятие мета-аргументации будет рассмотрено далее в настоящей главе.

¹³² Принципы права могут быть не закреплены в нормативном правовом регулировании, включая конституцию. Под принципами правами понимаются основные положения, отражающие сущность, назначение, закономерности, тенденции развития права (Щербик Д. В. Принципы права и преемственность в праве // Вестник Полоцкого государственного университета. № 13. 2013. С.113-117. С. 114.). Например, принципы правовой определенности, поддержания доверия граждан к закону и действиям государства прямо не закреплены в Конституции РФ, но активно используются КС РФ при аргументации решений. См.: Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 24 мая 2001 года № 8-П, от 29 января 2004

противном случае судебская избирательность ведет к выходу за пределы *законного судебного усмотрения*, трансформируясь фактически во вседозволенность, сдерживаемую только фактурой дела, не имеющую ничего общего с правовой аргументацией.

Таким образом, опора на формально-логический подход в аргументации решений органов конституционного правосудия, с одной стороны, способствует легитимации таких решений, например, путем логичного структурирования цепочки размышлений судьи, которое предполагает линейность и ясность восприятия адресатами, неизменность однажды установленного смысла исходного основания аргументации или аргумента, а с другой стороны, ввиду ограниченности формально-логического подхода формальными правилами, вопросы содержательного наполнения оснований аргументации и самих аргументов остаются в рамках такого подхода на усмотрение судьи.

Иными словами, как крайний скептицизм к правилам (англ.: *rule-skepticism*) в праве заключает в себе риск волюнтаристского принятия решений,¹³³ так и крайний логоцентризм из-за оставления содержательного наполнения посылок аргументации на усмотрение судей заключает в себе тот же риск. Формально-логический подход оказывает определенный

года № 2-П, от 20 апреля 2010 года № 9-П, от 27 марта 2012 года № 8-П, от 1 июля 2015 года № 18-П, от 1 марта 2022 года № 9-П.

¹³³ Автор настоящего исследования не разделяет, в частности, взгляды, отраженные в реалистической (волюнтаристской) теории толкования М. Тропера, согласно которой толкование представляет собой не акт познания смысла (значения) авторитетно установленного правила, а ничем не стеснённый акт волеизъявления субъекта толкования, которым устанавливается норма как смысл текста и его юридическая сила. До акта толкования, согласно указанной теории, существует только текст как объект толкования, который не имеет смысла: судья не может принять решение *contra legem*, поскольку истолкованный текст не имеет и не может иметь значения, отличного от того, которым его наделяет уполномоченный орган. См. Подробнее: *Тропер М.* Конституционное толкование / пер. С фр. М.В. Антонова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 88–103; *Тимошина Е. В.* Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2016. № 2. С. 50–61.

Однако, представляется, что теория М. Тропера в конечном итоге сводима, по справедливому замечанию французского учёного Отто Пферсаманна, к полной деконструкции правовой среды, в которой мы существуем (см.: *Антонов М. В.* О теории конституционного толкования Мишеля Тропера и о его споре с Отто Пферсманном // Научный поиск. Т. 1. 2015. № 3. С. 17–22). М. Тропер в стремлении к реализму, эмпирической достоверности, в действительности отрицает все правовое, за исключением субъектов толкования и их актов толкования, тем самым, можно сказать, нивелируя необходимость для толкователя и объекта толкования, что в условиях правовой аргументации не соотносимо как с правом как теоретической концепцией, так и с реалиями функционирования правопорядка.

дисциплинирующий эффект, однако, чтобы минимизировать вышеуказанный риск, необходима, как будет определено далее, выработка *комплексного подхода* к рассмотрению и осуществлению аргументации в конституционном правосудии.

Отказ от абстрактных математических моделей, сводивших теорию аргументации к логической теории доказательства, начатый неориторикой Х. Перельмана, в конце XX века привел соответственно к отказу от формально-логической нормативности, оставляющей вне зоны своего внимания недемонстративные доказательства и внелогические факторы, используемые в аргументации¹³⁴. На фоне таких изменений сформировался так называемый *риторический подход к аргументации*.

Риторический подход предполагает, что аргументация основана на некоторой неопределенности посылок и действует за счет принятия этих посылок всеми, большинством, или наиболее мудрыми (как писал Аристотель), или за счет их приемлемости в так называемой универсальной аудитории¹³⁵. Отличительная черта риторической аргументации – способность убеждать в высокой степени, вполне сопоставимой с логическим или математическим доказыванием, не основываясь, однако, на столь же точных и истинных посылках и способах рассуждения. Важным различием между формальной логикой и риторикой является то, что логики связывают аргументацию с доказательством, в то время как в риторической традиции она связывается с убеждением, которое хотя близко доказательству по своей природе, но не тождественно ему. При формально-логическом доказательстве обязательно требование истинности, в то время как при риторической аргументации достаточно правдоподобия¹³⁶.

Риторика вводит в учение об аргументации такое важное свойство как приемлемость для адресата, которая не связана напрямую с такими

¹³⁴ *Крючкова С. Е.* Теория аргументации: когнитивный подход // Вестник Университета (Государственный университет управления). 2013. № 13. С. 219-222. С. 219.

¹³⁵ *Perelman Ch.* Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning. Dordrecht, Holland : Dr. Reidel, 1980. P. 129.

¹³⁶ *Соболева А. К.* Топическая юриспруденция. М.: Добросвет, 2002. 225 с. С. 77-78.

свойствами как обоснованность и содержательная истинность убеждений, а целиком зависит от свойственных адресату опор убеждений¹³⁷. «Быть частью современного социального мира означает воспринимать мир, как аудиторию, быть частью этой аудитории. Определяющим способом, который мир использует, чтобы коммуницировать с нами, – это аргументация», – такими словами философа К. Тиндейла в предисловии к его книге «Риторическая аргументация» характеризуется специфика риторической аргументации¹³⁸. Действительно, представляется, что наиболее ценный вклад риторического подхода к аргументации (как к ее изучению, так и осуществлению) состоит в той роли, которую риторика отводит *адресату аргументации*.

Так, в рамках конституционного правосудия, как уже ранее отмечалось, аудитория аргументации, содержащейся в решениях соответствующих органов, специфична в том смысле, что она включает в себя широкий круг лиц от непосредственно сторон конституционного разбирательства до исполнителей решений, заинтересованных ученых-правоведов и общества в целом.

Если исходить из того, что судьи органов конституционной юстиции должны ориентироваться на такого рода «универсальную» аудиторию, это приводит к мысли о необходимости аргументации решений в таком же «универсальном» ключе: содержательно, в том числе структурно, аргументация должна быть ориентирована не только на участников конституционного процесса, но и учитывать общественные интересы конкретной юрисдикции на определенном этапе развития правопорядка, ожидания ученых в контексте грамотного оперирования органом конституционного контроля методами толкования правовых норм, корректного использования конституционно-правовых инструментов

¹³⁷ Брюшинкин В. Н. О двоякой роли риторики в системной модели аргументации // // РАЦИО.ru. 2010. № 3. С. 3-14. С. 6.

¹³⁸ Цит. по: Политюк А. П. Риторический поворот в теории аргументации // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. Серия: Гуманитарные и общественные науки. 2013. Вып. 12. С. 112-119. С. 113. См. также: Tindale C.W. Rhetorical Argumentation: Principles of Theory and Practice. SAGE Publications (Kindle Edition), 2004.

построения аргументации (например, теста на пропорциональность в континентальном конституционном правосудии), конституционно-правовых доктрин («живой конституции», «конституционной идентичности» и т. д.).

Таким образом, если при формулировании требований к аргументации решений органов конституционного правосудия отталкиваться от адресата, то это будет означать, что требования должны *корреспондировать* ожиданиям общества в целом. Такого рода критерий эффективности аргументации представляется чрезмерно объемным по содержанию, нечетким и как следствие неспособным выступать, выражаясь языком логики, «верифицируемым» требованием к аргументации решений органов конституционного правосудия. Однако, принимая адресата решений в качестве опорной точки для формулирования требований, можно, конкретизируя аудиторию до частных адресатов, выявить конкретные требования к решениям и их обоснованию.

Показательными с точки зрения учета органом конституционного правосудия восприятия аргументации решения аудиторией являются решения по делам, предмет спора по которым вызывает общественные дискуссии и относится к «чувствительным» вопросам, например, гендерного равенства, биоэтики, прав национальных и религиозных меньшинств и т. д. Как правило, в рамках разрешения такого рода дел (в которых наиболее остро затрагиваются вопросы частной жизни человека), от аргументации решения органом конституционной юстиции требуется проявление, с одной стороны, сдержанности и высокого уровня толерантности, как с точки зрения преподнесения аргументации, так и ее содержания по существу, и с другой стороны, – принятие итоговой позиции по делу, которая должна юридически определенно разрешать конституционно-правовой спор на данном этапе развития общества и права.

Так, в решении по делу *Shilubana and Others v. Nwamitwa* 2008 года Верховный Суд ЮАР столкнулся с вопросом о том, может ли женщина быть назначена вождем общины валойи (*Valoyi*) с конституционно-правовой точки

зрения, в то время как согласно традициям племени наследование титула вождя осуществлялось только по мужской линии. Верховный Суд, с одной стороны, должен был учесть традиции страны и значимость обычного права в жизни граждан и его конституционно-правовой статус (согласно ст. 211-212 Конституции ЮАР 1996 года признается институт обычного права и роль традиционных лидеров¹³⁹), и с другой стороны, сбалансировать защиту прав женщин в рамках обычного права в соответствии с конституционным принципом равноправия. В итоге Суд постановил, что назначение лидером общины женщины в рамках продолжения родословной и стремления искоренения гендерной дискриминации традиционными властями не являлось неконституционным. Аргументация решения Верховным Судом ЮАР была выстроена в том числе на основе того, что обычное право является «живым» правом и племенные, традиционные власти вправе изменять его с учетом существующих обычаев, предшествующих обстоятельств, практических потребностей и сообразно конституции как верховному закону государства¹⁴⁰.

Обозначенный пример демонстрирует среди прочего, как ориентация на аудиторию, на конкретное общество и различные его группы: традиционные общины, женщин, правозащитные сообщества (в решении Верховный Суд ЮАР опирался на три заключения *amicus curiae* – Комиссии по гендерному равенству, Национального движения сельских женщин и Конгресса традиционных лидеров ЮАР), может влиять на аргументацию решения и результат.

В конечном счете, ориентация на адресата в рамках конституционного правосудия должна означать учет общественных интересов и принятие решения в русле сохранения и укрепления конституционного правопорядка.

¹³⁹ Конституция Южно-Африканской Республики 1996 года на английском языке доступна на сайте правительства ЮАР: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1> (дата обращения: 09.07.2021).

¹⁴⁰ Gender Equality And Women's Empowerment: Constitutional Jurisprudence. Academic Paper. May 2017. UN Women. Available at: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/gender-equality-and-womens-empowerment-constitutional-jurisprudence.pdf> (дата обращения: 09.07.2021). P. 63. См. также: *Shilubana and Others v. Nwamitwa* (CCT 03/07) [2008] ZACC 9; 2008 (9) BCLR 914 (CC); 2009 (2) SA 66 (CC) (4 June 2008). Available at: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/9.html> (дата обращения: 09.07.2021).

Однако, для того, чтобы из категории должного обозначенная установка переходила в практическую плоскость, от органов конституционного правосудия при аргументации и принятии решений требуется, как указывалось ранее в контексте требования рациональности решений, открытость к различным источникам аргументации, всестороннее рассмотрение дела, предполагающее в том числе учет интересов различных социальных групп, прежде всего тех, чьи права и законные интересы затрагиваются в рамках конституционно-правового спора. При этом важно отметить, что речь может идти об учете органом конституционного правосудия не только различных частных интересов, но и публичных¹⁴¹.

Еще одной важной характеристикой риторического подхода, как уже было отмечено ранее, является опора на критерий приемлемости, а не истинности посылок аргументации. В контексте конституционного правосудия необходимость оценки аргументации и ее исходных оснований критерием приемлемости обосновывается, во-первых, ориентацией на аудиторию – суд должен исходить из приемлемости аргументов для общества и его групп, во-вторых, критерий истинности в контексте правового обоснования решений, неизбежно включающего в себя учет социальных, исторических, культурных и иных факторов, не выдерживает проверки практикой¹⁴², поскольку содержательно аргументы в решениях органов конституционного правосудия взаимоувязаны с конституционными нормами, которые ввиду широты их интерпретационного поля и необходимости актуализации на конституционном уровне, могут содержательно претерпевать изменения. В то же время в рамках разрешения по крайней мере одного конкретного дела – формально-логический подход «обязывает» придерживаться одной данной интерпретации конституционных норм.

¹⁴¹ См.: *Зубрикова В. С.* Понятие и правовая природа баланса частных и публичных интересов в конституционном регулировании // *Известия Алтайского Государственного Университета. Юридические науки.* 2018, № 6 (104). С. 74-78.

¹⁴² Юридическая аргументация относится к видам практической аргументации в отличие, например, от математической. См. подробнее: *Kurt M. Saunders.* Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument // *Journal of Legal Education*, Vol. 44, No. 4 (December 1994), pp. 566-578. P. 567.

Так, известным примером содержательной изменчивости терминологии в конституционном правосудии является перемена трактовки понятия «лицо» (англ.: “person”) в результате решения Судебного комитета Тайного совета по канадскому делу *Edwards v. Attorney-General for Canada (Persons Case)* 1929 года. Судебный комитет Тайного совета (являвшийся на тот момент высшей судебной инстанцией Канады и обладавший правом пересмотра решений Верховного суда Канады) истолковал понятие Конституционного акта (Акта о Британской Северной Америке) 1867 года «квалифицированные лица» (англ.: “qualified persons”) в отношении тех, кто мог быть назначен членом Сената, как включающее в себя женщин, хотя на протяжении многих лет до этого в Сенат назначали только мужчин¹⁴³. Данный пример демонстрирует, как посредством конституционного правосудия может корректироваться общественное восприятие конституционного текста в том числе исходя из современных ценностей, тенденций социального развития.

Конституционные нормы, споры, аргументация органов конституционного правосудия пронизаны ценностными установками. Не углубляясь в вопросы конституционной аксиологии¹⁴⁴, которые не являются предметом настоящего исследования, отметим лишь, что ценностный или аксиологический подход исходит из того, что все социальные действия человека так или иначе опосредованы системой ценностных установок, существующих в данном обществе в конкретный исторический период¹⁴⁵. Риторический подход к аргументации позволяет учитывать указанный фактор,

¹⁴³ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, 1929 CanLII 438 (UK JPC). URL: <https://www.canlii.org/en/ca/ukjpc/doc/1929/1929canlii438/1929canlii438.html> (дата обращения: 14.07.2021). Именно это дело многие рассматривают как отправную точку для становления канадской конституционной доктрины «живого дерева». См.: *Jackson V. C. Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors // Fordham Law Review. Vol. 75. 2006. No. 2. P. 921–960, 943–950.*

¹⁴⁴ См. подробнее, например: Конституционные ценности: содержание и проблемы реализации. Материалы Международной научно-теоретической конференции 4–6 декабря 2008 г. В2-хт. Т. 1. Под ред. Н. В. Витрука, Л. А. Нудненко. М.: Российская академия правосудия, 2010; Бондарь Н.С. Конституционные ценности – категория действующего права (в контексте практики Конституционного Суда России) // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 6. С. 1-11.

¹⁴⁵ *Пресняков М. В. Конституционная аксиология: к вопросу о сущности конституционных ценностей // Современное право. 2009. № 10. URL: https://cutme.site/L3S89* (дата обращения: 14.07.2021).

поскольку риторика среди прочего апеллирует к этосу – морально-этическим ценностям социума¹⁴⁶. И. А. Карасева, например, понимает под конституционными ценностями основополагающие правовые принципы, определяющие приоритеты развития и защиты общественных отношений в различных сферах жизни, закрепленные в конституции государства непосредственно или выводимые из ее содержания органами конституционного контроля¹⁴⁷. Действительно, при аргументации решений органам конституционного правосудия часто приходится обращаться к аксиологическому подходу – как при разрешении споров о конкуренции конституционных ценностей, так и в целом при определении основополагающих конституционных положений, которые в отдельных случаях становятся исходными основаниями аргументации решения. Так, речь может идти, например, о норме, согласно которой человек, его права и свободы определяются как высшая ценность (ст. 2 Конституции РФ), или о конституционном положении о неприкосновенности достоинства человека (ст. 1 Основного закона ФРГ).

КС РФ часто¹⁴⁸ при аргументации решений отталкивается от указанной конституционной установки о человеке и его правах как высшей ценности, имея ее в виду в качестве «руководящего принципа» при осуществлении государством своей деятельности. Так, в Постановлении № 27-П от 8 июня 2021 года КС РФ в качестве отправной точки построения аргументации сослался на то, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а их признание, соблюдение и защита – обязанностью государства, в итоге

¹⁴⁶ См.: *Garver E. Narrative, Rhetorical Argument, and Ethical Authority // Law and Critique* 10. 1999. P. 117–146; *Starger C. Constitutional Law and Rhetoric // (February 15, 2015). 18 U. Pa. J. Const. L* 1347, May 2016; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2016-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2480481> (дата обращения: 15.07.2021).

¹⁴⁷ *Карасева И. А. Злоупотребление правом как одна из причин мнимой конкуренции конституционных ценностей // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 7. С. 9-13. С. 9. См. подробнее также: Карасева И. А. Конкуренция конституционных ценностей в практике Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных судов зарубежных стран. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва, 2014.*

¹⁴⁸ В 2014–2018 гг., например, Суд более 150 раз в решениях процитировал положения статьи 2 Конституции РФ. См.: *Рудт Ю. А. Баланс конституционных ценностей в доктрине конституционного права и практике органов конституционной юстиции Российской Федерации. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Барнаул, 2019. С. 115.*

обосновав возможность применения к осужденным, совершившим в условиях лечебного исправительного учреждения нарушение установленного порядка отбывания наказания, закрепленных уголовно-исполнительным законодательством мер взыскания (включая водворение в штрафной изолятор), учитывая при этом, что исключается возможность исполнения дисциплинарного взыскания в виде водворения в штрафной изолятор в отношении осужденного, нуждающегося в оказании медицинской помощи в стационарных условиях в контексте обеспечения права на охрану здоровья и медицинскую помощь¹⁴⁹. Стоит отметить, что в случаях применения подобных конституционных норм-принципов орган конституционного правосудия вынужден исходить из определенного ценностного содержательного наполнения такой нормы, а не ограничивается формальным применением диспозиции.

При этом в Конституции РФ, по мнению С. А. Белова, заложено ценностное противоречие. Положения статей 2 и 18 отдают приоритет правам и свободам человека и гражданина, в то время как статьи 17 и 55 дают основания утверждать, что публичные интересы можно, как минимум, считать равнозначными индивидуальным правам. Формулировка части 3 статьи 55 Конституции РФ никак не указывает на исключительность ограничения прав и необходимость придания правам приоритета¹⁵⁰. Такая противоречивость конституционного текста сказалась на практике Конституционного Суда РФ. КС РФ исходит из идеи баланса ценностей, «уравнивания» их, поскольку конституционный текст «не устанавливает их иерархию», в том числе в отношении защиты публичных интересов и индивидуальных прав и свобод¹⁵¹.

В контексте германской практики конституционного правосудия «человеческое достоинство занимает вершину системы ценностей согласно

¹⁴⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 27-П от 8 июня 2021 года // Российская газета, № 133с, 19.06.2021.

¹⁵⁰ Белов С. А. Ценности российской Конституции в тексте и в практике её толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4 (131). С.68-83. С. 73.

¹⁵¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2012 года № 34-П // Собрание законодательства РФ. 2013. № 1. Ст. 78.

Основному Закону». Ценностный подход характерен для ФКС ФРГ, как было показано ранее в настоящей работе на примере решения по делу Люта. При этом это отнюдь не означает одностороннее применение такого подхода и отрицание полезности формально-логических инструментов или инструментов и приемов дискурсивного (или иначе – прагматического) подхода к аргументации, который подробнее будет рассмотрен далее и предполагает упор на алгоритмику мышления и действий в процессе аргументации решений.

Так, в решении по делу «о переписи» 1969 года ФКС ФРГ отметил, что приверженность защите достоинства личности доминирует в положениях Основного закона и государство не может, даже посредством закона, совершать действия, нарушающие достоинство личности, если они выходят за пределы, установленные статьей 2 (1), гарантирующей неприкосновенность личной жизни от вмешательства публичной власти. При этом, ссылаясь прежде всего на гарантии анонимности при проведении статистических опросов граждан (законодательный запрет публикации информации, полученной от индивидов, ответственность переписчиков за сохранение конфиденциальности информации), ФКС ФРГ пришел к выводу о допустимости сбора информации об отпусках и поездках в рамках периодической переписи домовладельцев для статистических целей, указав на то, что запрашиваемая информация не касается наиболее интимных аспектов частной жизни, в которые государство не может вторгаться¹⁵².

Справедливым представляется мнение И. А. Карасевой о том, что хотя универсального механизма для всех случаев конкуренции конституционных ценностей создать невозможно, поскольку отдельные нюансы, от которых зависит разрешение правовой проблемы, нередко характерны только для конкретной ситуации, но наделять правоприменителей (судей органов

¹⁵² BVerfGE 27, 1. Текст решения на немецком языке доступен на сайте: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv027001.html>. Приводится по: Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях: Учебное пособие. М.: URSS, КРАСАНД, 2015. С. 250.

конституционного правосудия) отвечающими требованию правовой определенности *ориентирами* для осуществления рационального и юридически обоснованного выбора между конституционными ценностями, – возможно и необходимо¹⁵³. Частично задача решается в рамках настоящего исследования, в том числе посредством рассмотрения возможных подходов к осуществлению аргументации.

Еще один из подходов к рассмотрению, изучению, моделированию и в конечном счете осуществлению аргументации, основанный на сочетании удовлетворения требований полезности и рациональности аргументации, занимает, можно сказать, промежуточное положение между рассмотренными выше формально-логическим и риторическим подходами. Речь идет о *прагма-диалектическом подходе*, предложенном в 80-ых годах XX века представителями голландской школы речевой коммуникации Ф. ван Еемереном, Р. Гроотендорстом и другими¹⁵⁴.

«Двойной стандарт» убедительности в прагма-диалектике, как указывает Е. Н. Лисанюк, заключается в том, что, с одной стороны, она увязывается с разумностью и рациональностью сторон аргументации, а с другой стороны, убедительность точки зрения в прагма-диалектике укоренена в стандарте критической дискуссии, а именно – в схемах аргументации¹⁵⁵. Речь идет о том, что в рамках прагма-диалектического подхода особое внимание уделяется правилам обмена аргументами в процессе диалога. Теоретики, которые изучают диалектическую сторону аргументации, занимаются выявлением и разработкой правил и процедур, которые должны выполняться в аргументативном процессе, чтобы он считался правильным¹⁵⁶.

С точки зрения прагма-диалектического подхода основной диалектической целью аргументативной дискуссии является преодоление

¹⁵³ Карасева И. А. Конкуренция конституционных ценностей в практике Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных судов зарубежных стран. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва, 2014. С. 7.

¹⁵⁴ Лисанюк Е. Н. Логико-когнитивная теория аргументации. С. 107-108.

¹⁵⁵ Там же. С. 109-110.

¹⁵⁶ Политюк А. П. Риторический поворот в теории аргументации // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. Серия: Гуманитарные и общественные науки. 2013. Вып. 12. С. 112-119. С. 115.

разногласий. Аргументация в прагма-диалектике считается разумной, только если она соответствует правилам критической дискуссии. Нарушение любого правила препятствует движению к цели разрешения дискуссии, поэтому связанный с этим аргументативный ход считается неправомерным. Требуются ясные критерии для методического определения статуса всех ходов на всех стадиях процесса разрешения спора¹⁵⁷. Смысл такого подхода к аргументации заключается в соблюдении стадийности процесса аргументации, при этом каждая стадия соотносится с определенной целью. В самом общем ключе можно выделять начальную, непосредственно аргументативную и заключительную стадии процесса обоснования (судебного) решения¹⁵⁸. Однако и при конструировании частных аргументативных стадийных схем проявляется применение обозначенного прагма-диалектического подхода.

В теории аргументации существует понятие так называемого «фрейминга», означающее по сути формулировку аргументативных ходов. С точки зрения Ф. ван Еемерена, «фрейминг всегда интерпретирует реальность, представляя факты и события в определенном ракурсе». Подобная мысль встречается и у представителя риторического подхода – Х. Перельмана, который писал, что «выбор языковых средств выражения мысли говорящего редко не имеет значимости в аргументации» и что «никакой выбор не является нейтральным»¹⁵⁹. При этом речь не идет только о языковых средствах презентации текста. Фрейминг предполагает не только грамотное обличение содержания в форму, но и структурирование аргументации, формулировку ее ходов, их предварительное обозначение, что в совокупности ведет к более эффективному разрешению спора ввиду наделения аргументации как

¹⁵⁷ Ф. ван Еемерен, П. Хоотлоссер. Аргументация и разумность о поддержании искусного баланса в стратегическом маневрировании // Мысль: журнал петербургского философского общества. 2006. № 1. Т. 6. С. 7-22. С. 7-10.

¹⁵⁸ Там же. С. 9.

¹⁵⁹ Гринева М. С. Фрейминг как средство стратегического маневрирования в аргументативном дискурсе. В: Научные труды Калужского государственного университета имени К. Э. Циолковского. Материалы докладов гуманитарных секций региональной университетской научно-практической конференции. Сер. «Гуманитарные науки» 2017. 2017. Калуга: ФБГОУ ВПО «Калужский государственный университет им. К. Э. Циолковского». С. 385-392. С. 385-386.

процесса и результата свойствами системности, рациональности, и ориентированности на адресата.

Так, в рамках конституционного правосудия в этой связи нельзя обойти вниманием утвердившийся в практике органов конституционного, а также международного правосудия тест на пропорциональность, являющийся ярким примером частной аргументативной стадийной схемы, как это было объяснено выше.

*Фреймы позволяют интерпретировать и конструировать социальную реальность*¹⁶⁰. Именно это позволяет осуществлять в контексте разрешения конституционно-правовых споров тест на пропорциональность: его применение задает алгоритм интерпретации фактических обстоятельств дела в рамках правового регулирования определенной юрисдикции и в конечном итоге позволяет конструировать вывод: правовую позицию.

Р. Алекси, например, рассуждая о современном развитии философии и социальных наук, указывает, что такое развитие на основе учения И. Канта обеспечивает не только содержательные, но и процедурные теории морали (подобные «категорическому императиву», постулирующему не само моральное правило, а инструмент для его установления). Именно приверженность такому подходу, по его мнению, позволяет в рамках юридической аргументации обеспечить рациональность ценностного выбора, который необходимо обосновывать судам в сложных конституционных случаях¹⁶¹.

Тест на пропорциональность как средство оценки допустимости с конституционной точки зрения ограничения прав предполагает сложную *схему аргументации*: во-первых, следует установить, что действиями государства оказалось ограничено некоторое право¹⁶², во-вторых – произвести ступенчатую¹⁶³

¹⁶⁰ Гринева М. С. Указ. соч. С. 387.

¹⁶¹ Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. Пб.: ООО «Универ. издат. консорц. «Юридическая книга»», 2011. С. 446-456. Перевод с нем. Антонова М. В.

¹⁶² В качестве предварительной стадии можно также выделить стадию определения того, охватывается ли конкретная ситуация правовым регулированием в принципе.

¹⁶³ Или можно обособить четыре стадии, разграничив «пригодность» и «необходимость».

оценку оспариваемого ограничения: 1) оценить, является ли преследуемая государством цель ограничения прав легитимной; 2) оценить уместность, пригодность использования избранной государством меры в конкретной ситуации и ее необходимость, определив не имелось ли в арсенале государства менее обременительных и столь же эффективных мер; 3) и наконец, оценить пропорциональность *stricto sensu*, то есть оценить качество избранной меры как способа достижения цели и осуществить непосредственное «взвешивание» конкурирующих интересов¹⁶⁴.

Стоит отметить, что, например, Д. Гримм, задаваясь вопросом о том, существует ли правильная последовательность в процедуре оценки, отвечает, что такая последовательность имеет значение. Продвижение от оценки легитимности цели к тесту соответствия используемых средств и тесту необходимости, а в итоге – к исследованию баланса целей и прав, имеет «дисциплинирующий и рационализирующий эффект. Каждый шаг требует определенного анализа. Следующий шаг может быть сделан, только если оспариваемый закон прошел проверку в рамках предыдущего этапа тестирования».¹⁶⁵

Как практика органов конституционного правосудия, так и теоретики права¹⁶⁶ свидетельствуют об эффективности применения теста на пропорциональность в его полном, не усеченном виде. Первым случаем, где

¹⁶⁴ См.: Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях: Учебное пособие. М.: URSS, КРАСАНД, 2015. С.230–260; Шлинк Б. Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных прав и общественных ценностей // Сравнительное конституционное обозрение, № 2 (87), 2012. С. 56-76; Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение, № 3 (82), 2011. С. 59-81.

¹⁶⁵ Grimm D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence // University of Toronto Law Journal. Vol. 57. 2007. No. 2. P. 383–397. Следует отметить, что на примере фрейминга, в том числе теста на пропорциональность, демонстрируется сочетаемость подходов к аргументации: очевидно, что линейное, последовательное выстраивание аргументов предполагает опору на элементы формально-логического подхода (на это указывает сама по себе формализованная схема, необходимость построения умозаключений в рамках данной схемы с учетом правил формальной логики и пр.). Этим в очередной раз подчеркивается базисный уровень формально-логического подхода. Нельзя говорить о том, что в рамках какого-либо дела суд исходит из опоры только на один из рассматриваемых подходов – речь идет об их комплексном применении.

¹⁶⁶ См., например: Möller K. Proportionality: Challenging the critics // International Journal of Constitutional Law. 2012. Vol. 10 No. 3. P. 709–731; Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2 (105). С. 45-69.

ФКС ФРГ использовал трехстадийный тест на пропорциональность стало решение по «Аптечному» делу (*Pharmacy judgment*) 1958 года¹⁶⁷. Фармацевт в небольшом немецком городе, желавший открыть аптеку, получил отказ местных органов власти на основании действовавшего правового регулирования ввиду того, что в городе с населением в 6000 человек уже имелась аптека и для медицинских нужд населения хватало имеющегося аптечного пункта. Фармацевт обжаловал данное решение, в конечном счете – в ФКС ФРГ. ФКС ФРГ признал соответствующее законодательство Баварии противоречащим ст. 12 Основного закона, гарантирующей право свободно выбирать профессию. При этом Суд аргументировал свое решение, основываясь на трехступенчатом тесте, отметив, что с конституционной точки зрения существуют следующие требования к оценке государственного вмешательства. Во-первых, свобода выбора профессии может ограничиваться, только если это делается с целью разумного преследования «общего блага». Во-вторых, вмешательство в свободу выбора профессии допустимо при условии, что оно необходимо для защиты коллективных интересов и невозможно обеспечить такую защиту другим способом, не вмешиваясь в свободу выбора профессии индивида или ограничивая ее в меньшей степени. В-третьих, если вмешательства избежать не представляется возможным, законодатель всегда должен выбирать такие способы вмешательства, которые в наименьшей мере ограничивают конституционное право. ФКС ФРГ счел, что меры, предусмотренные законодательством Баварии, не отвечали требованиям теста. Хотя защита такого блага как общественное здоровье и может оправдывать вмешательство в права индивида, Суд счел, что снятие ограничений на открытие аптек и возможное усиление конкуренции не угрожают общественному здоровью настолько, чтобы оправдывалось ограничение права на свободу выбора профессии.

¹⁶⁷ BVerfGE 7, 377 ff., Az. 1 BvR 596/56. Решение на английском языке доступно по ссылке: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=657> (дата обращения: 29.07.2021).

Во-первых, приведенное дело с точки зрения повышения качества конституционного правосудия воспринимается положительно, поскольку решение ФКС ФРГ позволило расширить гарантии права на свободный выбор профессии на практике. Это не означает, что качество конституционного правосудия приравнивается исключительно к расширению конституционных прав и свобод, правосудие может быть качественным и эффективным при констатации приемлемости действующего правового регулирования без его *de facto* расширительного толкования¹⁶⁸ и даже при итоговом сужении сферы действия какого-либо права¹⁶⁹. Однако в данном случае качество может измеряться во многих аспектах: разрешением ситуации конкретного заявителя, экономическими последствиями в контексте развития фармацевтики, обеспечением таким образом органом конституционного контроля баланса сдержек и противовесов путем уравнивания вмешательства законодательства в права граждан¹⁷⁰ и т. д.

Во-вторых, то обстоятельство, что предложенный Судом тест прочно закрепился в практике конституционного правосудия, в том числе за пределами Германии, свидетельствует о востребованности такой аргументативной схемы как судьями, так и участниками разбирательств. Представляется, что «популярность» теста обусловлена, прежде всего его удобством – понятна и прозрачна схема аргументации: судьи знают, как

¹⁶⁸ Например, если дело заявителя направляется на пересмотр, но постулируется конституционность действующего правового регулирования в его буквальном прочтении. См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 5-П от 4 марта 2021 года // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision519249.pdf> (дата обращения: 01.08.2021). КС РФ в данном постановлении указал, что ст. 159 Уголовного кодекса РФ не предполагает возложения уголовной ответственности за необоснованное обращение налогоплательщика в налоговый орган с целью реализации права на получение имущественного налогового вычета в связи с приобретением им жилого помещения, в случае когда налоговым органом подтверждено, а в дальнейшем опровергнуто у него право на такой вычет, если налогоплательщик представил в налоговый орган предусмотренные законодательством документы, не содержащие признаков подделки или подлога.

¹⁶⁹ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020. 1 BvQ 28/20, Rn. 1-16, Available at: http://www.bverfg.de/e/qk20200410_1bvq002820.html (дата обращения: 01.08.2021). В данном решении ФКС ФРГ (о принятии обеспечительных мер) речь идет о допустимости с позиции Суда временного ограничения права на свободу собраний в условиях пандемии в контексте организации праздничных богослужений. См. подробнее: Урошлева А. С. О свободе собраний в пандемию: аргументы в решениях органов конституционного контроля на примерах Германии и США // Конституционное и муниципальное право. № 4. 2022. С. 61-68.

¹⁷⁰ См.: N. Petersen. The German Constitutional Court and legislative capture // International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 3, July 2014, P. 650–669. Par. 4.

выстраивать обоснование решения¹⁷¹, а стороны процесса, знают, исходя из каких критериев можно выстраивать свои притязания, правовые позиции (зеркально свою аргументацию) и ожидания. Более того, известность критериев потенциальной конституционной проверки нормативных правовых актов полезна и для законодателя. Такие критерии могут учитываться еще на этапе разработки нормативного регулирования.

При этом, стоит подчеркнуть, что тест на пропорциональность корреспондирует сути прагма-диалектического подхода к аргументации, если используется органом конституционного правосудия, как уже отмечалось, в полном виде. Так, исследователи справедливо указывают на усеченное применение теста на пропорциональность, иногда – только в виде ссылки на необходимость пропорционального ограничения прав и свобод граждан, российским Конституционным Судом¹⁷². Аргументация решений в таких случаях периодически вызывает критику вне зависимости от результата и иных содержательных аспектов решения, поскольку в данном отношении аргументация становится «уязвимой» и подрывает свою легитимность с позиции восприятия адресатами. Это происходит ввиду, условно выражаясь, «немотивированной» аргументации (речь идет о мета-уровне, предполагающем раскрытие исходных оснований аргументации): исчезают системность, приемлемость адресатами, рациональность, «требуемые» в совокупности очерченными выше подходами.

Помимо того, что тест на пропорциональность как пример аргументативной стадийной схемы (фрейминга) должен использоваться в полном виде (иначе теряется сама его суть как алгоритмичного инструмента – исчезает алгоритм, а остается, например, только опора на общеправовой

¹⁷¹ Кроме того, согласно алгоритму теста, если не удовлетворяется критерий какого-либо из «шагов» - не требуется переходить к следующему.

¹⁷² *Troitskaya A.* The Proportionality Principle In The Jurisprudence of The Russian Constitutional Court // *Review of Central And East European Law.* 2021. Volume 46. Issue 2. P. 203–233; *Толстых В. Л.* Конституционное правосудие и принцип пропорциональности // *Российское правосудие.* 2009. № 12 (44). С. 47-56.

принцип соразмерности¹⁷³), его применение требует от судей корректного определения области проверки: ограничиваемого права (интереса).

Так, Конституционный трибунал Республики Польша резонансным Постановлением от 22 октября 2020 года К 1/20 признал, что закрепленная на тот момент законодательно возможность прерывания беременности при наличии тяжелого и необратимого дефекта плода или неизлечимого заболевания, угрожающего жизни плода, противоречит статье 38 Конституции Республики (право на жизнь) в сочетании со статьей 30 (достоинство) и статьей 31 (свобода)¹⁷⁴. В данном примере, Суд, лишив женщину права прервать беременность по причине неизлечимой серьезной болезни плода, отдал приоритет праву на жизнь неродившегося ребенка. По логике теста на пропорциональность такое решение, предполагающее крайнюю степень вмешательства в свободу репродуктивного выбора женщины, может быть оправдано только ориентацией на легитимную цель и соответствием критериям пригодности (адекватности) и безальтернативности.

Анализируя решение Конституционного трибунала, А. А. Троицкая и Т. М. Храмова, заключают, что оно с точки зрения аргументации не соответствует требованиям принципа пропорциональности и чрезмерно в результате ограничивает конституционные права женщины. Решение ставит под сомнение конституционную ценность права женщины на свободный репродуктивный выбор и смещает фокус на усиление конституционной защиты блага в виде жизни еще не рожденного плода¹⁷⁵.

Действительно, Конституционный трибунал Польши, хотя и апеллировал к принципу пропорциональности (соразмерности) ограничения конституционных прав и свобод, *но при этом произвел оценку в контексте проверки пропорциональности ограничения права на жизнь плода*, а не прав

¹⁷³ Подробнее о тесте на пропорциональность и принципе соразмерности будет сказано в следующей главе.

¹⁷⁴ URL: <http://www.trybunal.gov.pl> (дата обращения: 01.08.2021). Приводится по: Троицкая А., Храмова Т. Некоторые вопросы не имеют ответов, или Дело о прерывании беременности // Международное правосудие. 2021. № 1 (37). С. 13–42. С. 30.

¹⁷⁵ Троицкая А., Храмова Т. Некоторые вопросы не имеют ответов, или Дело о прерывании беременности // Международное правосудие. 2021. № 1 (37). С. 13–42. С. 30-37.

женщины (прежде всего права на частную жизнь – свободный репродуктивный выбор)¹⁷⁶. Данная ситуация, представляется, демонстрирует, во-первых, уязвимость аргументации конкретного решения польского Конституционного трибунала, подрывающую легитимность решения, во-вторых, выявляет абстрактного уровня методологическую *проблему выбора конкурирующей конституционной ценности для оценки допустимости вмешательства*. Представляется, что оцениваться по логике теста на пропорциональность должно то право, *вмешательство в которое осуществляется со стороны государства*. Однако, в ситуации, если происходит вмешательство в частные права, также при этом конкурирующие между собой (а не только в противопоставлении с публичным интересом), то видятся необходимыми обоснование факта такого вмешательства (на примере польского дела – в том числе обоснование правосубъектности в контексте принадлежности каждого из ограничиваемых прав, определение конкурирующих частных прав и их существа), а также реализация соответственно проверки пропорциональности ограничения каждого из прав. В то же время в таком случае не ясно, после гипотетического установления факта вмешательства в конкурирующие частные интересы, как разрешать «спор» между ними, тем более если по результатам проверки пропорциональности ограничения государством каждого из них будет установлена несоразмерность ограничения.

Польский пример, с одной стороны, подтверждает необходимость, как и предполагается в рамках прагма-диалектического подхода к аргументации, следования стадиям заданной аргументативной схемы – начиная с определения факта ограничения того или иного институционального права, с другой стороны, иллюстрирует на уровне казуса – упречность восприятия теста на пропорциональность в качестве универсальной схемы

¹⁷⁶ Текст решения на польском языке доступен по ссылке: <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/k-1-20-wyrok-trybunalu-konstytucyjnego-523165093> (дата обращения: 01.08.2021).

аргументации¹⁷⁷, и на уровне общетеоретических выводов – недостаточность концентрации при аргументации решений органами конституционного правосудия на принципах только одного подхода к аргументации.

Таким образом, можно заключить, что качество аргументации решений органов конституционного правосудия определяется ее *комплексным характером с точки зрения апелляции судей к принципам и приемам различных подходов*: формально-логического, риторического, прагма-диалектического.

На основе сочетания таких ключевых принципов целесообразным видится в теоретических и практических аспектах использование комплексного подхода к осуществлению аргументации органами конституционного правосудия для повышения качества и эффективности такой аргументации и достижения наилучшего результата как в высшей степени легитимного.

Комплексный подход к аргументации решений органов конституционного правосудия может быть представлен как применение формально-логического подхода в качестве базисного, отвечающего здравому смыслу, и совокупно – риторического и прагма-диалектического подходов, обеспечивающих соответственно, с одной стороны, прежде всего учет интересов адресатов аргументации и социальную природу правоотношений, в том числе содержательное наполнение норм исходя из фактической ситуации, и с другой стороны – алгоритмичное построение аргументации и нацеленность на конкретное юридическое разрешение конфликта.

При этом важно отметить, что использование комплексного подхода к аргументации требует *высокой судейской квалификации*: каждый из подходов не может применяться полностью одновременно с другими – они должны дополнять, обогащать друг друга, а не конкурировать «изнутри» (тем более, что отдельные элементы подходов могут быть взаимоисключающими). Это означает, что с учетом специфики конституционного правосудия для целей

¹⁷⁷ См. подробнее: *Вайнан Г. В.* Принцип пропорциональности в современном международном праве. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва. 2017. С. 198-211.

аргументации соответствующих решений необходимо обеспечивать сочетание подходов исходя из рассмотренных их ключевых элементов, имеющих значение для качественной аргументации.

В частности, формально-логический подход призван «напоминать» судьям о недопустимости «подмены понятий» в рамках конкретного дела, риторический – о необходимости грамотной речевой презентации аргументов (от избегания двусмысленных формулировок, что корреспондирует требованиям юридической техники, до использования ярких речевых оборотов для усиления аргументации), прагма-диалектический – о том, исходя из целеполагания подхода¹⁷⁸, что разрешение спора кроется в примирении разногласий сторон (то есть выработке компромисса) или их устранении (принятие позиции одной стороны другой стороной).

Так, К. Тиндейл, обозначая восприятие аргументации в рамках различных подходов, говорит о том, что формально-логическая модель рассматривает аргументацию как структуру, диалектическая – как процедуру, и риторическая – как процесс¹⁷⁹. Практика показывает, что именно целостное понимание аргументации, когда учитываются факторы, обуславливающие ее как структуру, процедуру и процесс, а также предполагающее восприятие аргументации как интеллектуальной, коммуникативной и речевой деятельности позволяет достигать лучшего результата, что в контексте конституционного правосудия означает принятие рационального, убедительного, справедливого решения, принимаемого обществом.

Таким образом, вышеизложенным проиллюстрировано, что в практике органов конституционного правосудия находят отражение элементы различных подходов к осуществлению аргументации, разработанные в рамках общей теории аргументации. В контексте конституционного правосудия

¹⁷⁸ Так, суду следует исходить в аргументации из необходимости «опережающей» контраргументации в отношении потенциальных аргументов против доводов суда. Иными словами, эффективная аргументация предполагает включение в себя опровержения потенциальной критики. См.: *Kurt M. Saunders. Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument // Journal of Legal Education, Vol. 44, No. 4 (December 1994), pp. 566-578. P. 571.*

¹⁷⁹ *Tindale C. W. Rhetorical Argumentation: Principles of Theory and Practice. SAGE Publications (Kindle Edition), 2004. P. 222.*

применение данных подходов приобретает специфическое «звучание» (например, трансформируется в конкретные судебные конституционные доктрины, аргументативные схемы по типу теста на пропорциональность и т. д.) исходя из специфики конституционного контроля и соответствующих решений.

Представляется, что системное понимание комплексного подхода к аргументации позволит усилить его эффективность, обеспечив более осознанное и грамотное сочетание применения элементов различных подходов при разрешении дела. Стоит отметить, что основания для использования выше обрисованного комплексного подхода к аргументации решений органов конституционного правосудия заложены не только в доктрине, но реализуются и правовыми средствами, в том числе нормативными: например, через закрепление *логики построения и изложения* решений (вводная, описательная, мотивировочная, резолютивная части)¹⁸⁰; принципа состязательности сторон и возможности представления мнений экспертов, иных заинтересованных лиц, которые ориентируют *на учет интересов адресатов аргументации и разрешение конфликта*¹⁸¹; установление процессуальных стадий, что обеспечивает *алгоритмичное «движение»* к разрешению конфликта и *всестороннее* рассмотрение дела.

Опора на комплексный подход, поскольку он нацелен на повышение эффективности конституционного правосудия через принятие понятных, системных, убедительных и справедливых решений, представляется, обуславливает достижение цели аргументации и выполнение ее функций, которые определены и рассмотрены в следующем параграфе.

¹⁸⁰ Ст. 75 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

¹⁸¹ См., например, ст. 10 Правил Конституционного Суда ЮАР об *amici curiae*. Правила на английском языке доступны по ссылке: <https://www.concourt.org.za/index.php/about-us/rules-of-the-court> (дата обращения: 01.08.2022).

§ 1.3. Цель и функции аргументации решений органов конституционного правосудия¹⁸²

Осуществление конституционного правосудия предполагает в каждом случае вынесение конкретного решения. Однако, разрешение дела и вынесение справедливого решения – это задачи реализации конституционного правосудия как функции органов конституционной юстиции, объединенных целью конституционной охраны. Аргументация решений способствует достижению данной цели, но при этом обладает собственным целеполаганием.

Профессор А. Фоскуле справедливо отмечает, что применительно практически к любому сложному конституционно-правовому делу существует потенциально несколько вариантов его разрешения. Исследователь подчеркивает, что разные судьи с учетом личностных характеристик (включая пол, возраст, опыт и т. д.) мыслят и смотрят на вещи по-разному при разрешении дел¹⁸³. А. Фоскуле не поддерживает тезис Р. Дворкина о том, что любое дело имеет только одно верное решение, которое всегда может быть найдено, если бы дело разрешалось судьей «Геркулесом» (англ.: “Judge Hercules”), обладающим «идеальными» знаниями о праве, чью фигуру конструирует философ¹⁸⁴. А. Фоскуле настаивает, что насколько бы мудрым и обоснованным не было решение «Геркулеса», оно будет только одним из возможных «верных» вариантов. Например, «Геркулес»-мужчина не может полностью понимать, как бы то же самое дело разрешалось судьей-

¹⁸² При подготовке настоящего параграфа была использована статья автора: Урошлева А. С. Обоснование решений органов конституционного правосудия: «на подступах» к риторическому подходу // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 5 (132). С. 55–71.

¹⁸³ Voßkuhle A. Preface to the German Law Journal’s Constitutional Reasoning Special Edition // German Law Journal. Vol. 14. 2013. No. 8. P. 979–980, 979.

¹⁸⁴ Dworkin R. Law’s Empire. Cambridge, Massachusetts : Belknap Press, 1986. Chapters 8–9. P. 239 etc.

женщиной¹⁸⁵. Если абстрагироваться от гендерных отличий, возрастных изменений, настроения и прочих «человеческих» факторов, формируя фигуру «идеального» судьи, то в любом случае нерешенной остается проблема имманентно присущей правовому регулированию (из-за его объяснимого самой природой права как социального регулятора) стремления к универсальности, тем более – конституционному регулированию, широты интерпретационного поля, неоднозначности.

Конституции, хотя и являются актами прямого действия, обычно не содержат казуистичного регулирования. Конституционные нормы, как правило, многозначны по своему содержанию, рассчитаны на долгосрочное действие и применение, и, соответственно, должны быть в определенной степени многозначными (поддающимися различному толкованию), чтобы обеспечивалась возможность их адаптации к современным условиям социальной реальности. Широтой конституционно-правового регулирования обуславливается в том числе возможность существования нескольких потенциальных вариантов разрешения конституционно-правовых споров.

Даже на первый взгляд однозначные конституционные положения потенциально могут быть истолкованы по-разному. Например, если конституция закрепляет, что одно и то же лицо не может занимать должность президента более двух сроков подряд (как было предусмотрено ч. 3 ст. 81 Конституции РФ до вступления в силу Закона РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 № 1-ФКЗ¹⁸⁶), то может возникнуть вопрос относительно того, считается ли первым из двух допускаемых конституцией сроков подряд срок полномочий президента, находящего в должности и избранного до вступления в силу действующей конституции¹⁸⁷.

¹⁸⁵ *Voßkuhle A.* Op. cit. P. 979–980.

¹⁸⁶ Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // Российская газета, № 55, 16.03.2020.

¹⁸⁷ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 5 ноября 1998 года № 134-О по делу о толковании статьи 81 (часть 3) и пункта 3 раздела второго «Заключительные и переходные положения» Конституции Российской Федерации // Российская газета. 1998. 19 ноября.

Между тем не так часто вызывают разногласия на практике (поскольку сильно привязаны к уникальной фабуле) и доходят до уровня конституционного правосудия дела, которые могут быть разрешены на основе буквального толкования конституционного текста (англ.: *literal interpretation, plain meaning rule*)¹⁸⁸. В подавляющем большинстве случаев на уровне органов конституционного правосудия разрешаются более сложные в аксиологическом и интерпретационном планах споры.

В ситуациях конкуренции конституционных ценностей или выбора толкования конституционных норм такого «мерила» рациональности и убедительности аргументации решения как текст конституции становится недостаточно. Когда конституция не дает ответа на вопрос, суду надлежит принимать решение, оставаясь при этом в конституционных рамках, но с необходимостью проявляя так называемый судейский активизм – в данном случае понимаемый в качестве реализации квазиправотворческого потенциала конституционного правосудия¹⁸⁹.

Так, обозначая эту проблему, Конституционный Суд ЮАР в деле, связанном с допустимостью смертной казни, указал: «...было бы лучше, если бы создатели Конституции определили, допускается ли смертная казнь в случаях, установленных законом, или она запрещена. Однако этого не было сделано, и Суду надлежит решить, соответствует ли такое наказание положениям Конституции. Таковы сфера и пределы полномочий Суда в данном деле...», – так очертил и обосновал свои полномочия Конституционный Суд ЮАР в деле *The State v. Makwanyane and Another 1995 года*¹⁹⁰.

¹⁸⁸ В рамках прежде всего американской конституционной доктрины и практики такой подход к аргументации решений на основании буквального толкования текста конституции часто именуется текстуализмом. См.: *Murrill Brandon J. Modes of Constitutional Interpretation // Congressional Research Service. March 15, 2018. P. 1-25.* П. 5. URL: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fsgp.fas.org%2Fcrs%2Fmisc%2FR45129.pdf&clen=765598&chunk=true> (дата обращения: 19.04.2022); *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).* URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/> (дата обращения: 19.04.2022).

¹⁸⁹ См.: *Mesonis G. Judicial Activism in the Context of the Jurisprudence of the Constitutional Court // Judicial Activism of a Constitutional Court in a Democratic State. Proceedings of the 2016 Conference of the Constitutional Court of the Republic of Latvia. Riga : Constitutional Court of the Republic of Latvia, 2016. P. 342–361, 342–343.*

¹⁹⁰ См.: *Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях: учебное пособие. М. : URSS, КРАСАНД, 2015. С. 50.*

В тех случаях, когда опоры на текст конституции недостаточно, для аргументации решения органам конституционного правосудия требуется апелляция к иным источникам (доктрина, международное и иностранное право и т. д.) и привлечение методологического арсенала различных рассмотренных ранее подходов к осуществлению аргументации. В такой ситуации актуализируется вопрос о пределах судейского усмотрения – оно становится ключевой категорией (между тем, легальной), на основании которой совершатся выбор средств аргументации. При этом оно ограничивается конституционной законностью и морально-этическими качествами самого судьи.

«Мерилом» реализации судейского усмотрения в допустимых пределах, представляется, является свойство *легитимности решения*. Проблема легитимности судебного контроля хороша известна конституционно-правовой науке в контексте, в частности, контрмэжоритарного парадокса. Органы конституционного контроля составляют в соответствующих юрисдикциях часть политико-правовой системы государства – и для эффективного выполнения роли таких органов в рамках реализации сдержек и противовесов необходимо, чтобы обеспечивалась легитимность решений органов конституционного контроля¹⁹¹. На необходимость обеспечения такого свойства решений указывал, например, КС РФ: «...независимость судей не должна подвергаться сомнению ни с субъективной точки зрения участников судебного процесса, ни с объективной точки зрения, выражающей *публичную потребность в авторитетной и пользующейся доверием общества судебной власти, решения которой должны быть не только формально законными, но*

¹⁹¹ Комишуква О. В. Политическая аргументация в решениях Конституционного Суда Российской Федерации: анализ Постановления от 14 июля 2015 года № 21-П // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 3. С. 110–126; Конституционные принципы и пути их реализации: российский контекст: аналитический доклад / Под ред. А.Н. Медушевского. М.: Институт права и публичной политики, 2014. С. 55-75; Джагарян А.А. Дружественный Конституционный Суд - для дружественного права: к вопросу о роли *amicus curiae* // Закон. 2021. № 2. С. 83-91.

и легитимными, то есть восприниматься как справедливые и безупречные, а следовательно, служащие целям действенной судебной защиты»¹⁹².

В данном контексте под легитимностью следует понимать принятие решения суда (то есть признание решения таким, как оно есть; его восприятие в качестве рационального, убедительного, справедливого) сторонами процесса, иными заинтересованными лицами, обществом в целом, т. е. аудиторией, которой оно адресовано¹⁹³. Понятие легитимности в концептуальном значении семантически включает в себе, например, такие категории как «авторитетность», «доверие», «преданность», «добровольность», «обоснованность», «справедливость», «законность», «правоспособность»¹⁹⁴. В рамках обеспечения легитимности решений органов конституционного правосудия важно указать на необходимость их общественного признания, в целях достижения которого, необходимо, во-первых, придерживаться в формально-юридическом смысле *процедуры вынесения решений*, что непосредственно связано в современных правовых государствах с легитимацией любых властных решений, во-вторых, убедительно в допустимых конституционно-правовых рамках *аргументировать решение*.

Таким образом, аргументация решений, выступая в качестве одного из двух, как видится, основополагающих критериев обеспечения легитимности решений, преследует *цель принятия решения аудиторией* с учетом специфики такой аудитории в рамках конституционного правосудия.

Под целью обычно понимается *то, на что направлено стремление субъекта* в процессе волевой деятельности, некий представляемый конечный результат. При этом применительно к аргументации речь не идет о вынесении самого по себе решения или разрешения конкретного спора, как уже

¹⁹² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 09 ноября 2018 года № 39-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 1, 2019. Курсив мой – А.У.

¹⁹³ См.: *Соболева А. К.* Типическая юриспруденция. М.: Добросвет, 2002. С. 70–71. See also: *Perelman Ch.* Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning. Dordrecht, Holland : Dr. Reidel, 1980. P. 129.

¹⁹⁴ *Козлов С. В.* О концептуальном анализе понятия легитимность // Вестник ТвГУ. Серия «Философия». № 1. 2014. С. 26-34.

отмечалось ранее, или, более того, об охране конституции, поскольку это относится к задачам и цели осуществления конституционного правосудия. Аргументация же выстраивается судом всегда с ориентацией на общество как субъект восприятия решения.

Стоит отметить, что в контексте цели аргументации решений легитимность последних не связывается непосредственно с разрешением проблемы контрмэжоритарного парадокса. Так называемая «начальная» легитимность решения¹⁹⁵ формируется уже за счет обращения заинтересованных лиц в конституционный суд, что косвенно свидетельствует о доверии к суду и готовности сторон исполнять его решение. В то же время речь идет о косвенном свидетельстве, поскольку само по себе обращение в юрисдикционный орган на основании закона по умолчанию не делает решения данного органа легитимными. Обращение может быть реализовано ввиду отсутствия иных способов защиты прав, разрешения спора или их исчерпания, доверие к суду может «угасать» с течением времени и с учетом его правоприменительной практики. Кроме того, потенциальная легитимность решения «на входе» не означает, что данное свойство будет присуще решению «на выходе» – после его принятия, оглашения, опубликования. Прежде всего от аргументации решения зависит его «последующая» легитимность – аргументация обуславливает, примут ли участники процесса, исполнители, общество по результатам рассмотрения дела решение в качестве рационального, убедительного, справедливого.

Стремление суда к рациональной, убедительной, справедливой аргументации при этом отнюдь не должно сводиться к удовлетворению общественных ожиданий. Конституционному суду надлежит учитывать общественные интересы при аргументации решений, но в то же время он остается «защитником» конституционного правопорядка. Суд защищает и

¹⁹⁵ См.: Dzehtsiarou K. (n.d.). Legitimacy of the Court and legitimacy of its judgments. In: European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, 143–176. P. 143-144.

отдельную личность, и общество, меньшинство и большинство, публичные интересы и частные.

Под принятием аудиторией не подразумевается полное ее согласие с решением суда. Стороны или по крайней мере одна из них («проигравшая»), могут не разделять позицию суда, у них могут оставаться контраргументы к судебным доводам. Не разделять позицию суда в сложных делах, в частности, по противоречивым, «чувствительным» конституционно-правовым вопросам (например, в областях биоэтики, гендерной идентификации, интернет-регулирования и т. д.) может и общество в целом (например, исходя из статистических данных социальных опросов).

Когда речь идет об *общественном принятии решений органов конституционного правосудия в качестве цели их аргументации*, то имеется в виду, что обоснование решения суда должно быть понятным для общества и восприниматься им как рациональное, убедительное, справедливое, даже если оно отражает позицию, идущую вразрез с общественными предпочтениями.

Может возникнуть вопрос об «общественной» способности принятия решения в ситуации несогласия с ним. Однако, представляется, что такой вопрос разрешается именно с помощью грамотной аргументации решений. Она обеспечивает понимание аудиторией логики суда, что в конечном счете, при «качественном» обосновании, ведет к принятию решения даже при несогласии с ним¹⁹⁶. Аргументация, например, может сводиться к защите «меньшинства», но это не означает, что противопоставляемое по соответствующим критериям «большинство» не примет решение¹⁹⁷.

Более того, может возникнуть в целом вопрос о возможности оценки общественного принятия решений органов конституционного правосудия.

¹⁹⁶ См.: *Алексеев А. П.* Аргументация. Познание. Общение. М.: Издательство Московского университета. 1991. С. 6-7.

¹⁹⁷ Большинству или конкретным группам населения (охотникам, защитникам животных и т. д.) может не нравиться, что коренным малочисленным народам предоставляется право охотиться без получения специального разрешения на оленей в рамках квот с возможностью «делегирования» права одним представителем соответствующего народа другому, но это не означает, что аргументация суда в защиту такого права коренных малочисленных народов не будет принята аудиторией. См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 мая 2019 года № 21-П // Российская газета. 2019. 7 июня. № 123 (7881).

Это справедливый вопрос, который связан с необходимостью очерчивания критериев (индикаторов), при помощи которых возможна оценка общественного принятия решений. Данный вопрос является обширным и может быть предметом отдельного исследования, в том числе с элементами социологического анализа (в контексте изучения способов анализа общественного мнения и т. д.)¹⁹⁸. Однако, в целях настоящей работы важно подчеркнуть, что определение принятия или непринятия решений на основе их аргументации является реализуемым, в частности, с помощью таких критериев как количество критических публицистических и научных материалов в отношении решения, наличие общественных волнений, связанных с решением органа конституционного правосудия (митингов, пикетирований, иных публичных мероприятий), исполнение содержащихся в решении предписаний ординарными судами, законодателем. Конечно, возможно проведение и социологических опросов разной методологии для оценки принятия обществом решений органов конституционного правосудия, однако, такой способ не может в рамках правового пространства служить постоянным критерием соответствующей оценки.

Стоит также отметить, что постулирование цели общественного принятия решений обуславливается социальной природой права, определенной зависимостью властных органов от общественного мнения (выполняющего в таком контексте легитимирующую функцию в демократических обществах)¹⁹⁹. Такая постановка цели, очевидно, связана с социологией права. При этом названным целеполаганием не отрицаются формально-юридические черты решений органов конституционного правосудия, в частности, их юридическая обязательность – цель аргументации решений, заключающаяся в принятии решений аудиторией, не противоречит

¹⁹⁸ См.: Франц В. А. Управление общественным мнением: учебное пособие для вузов / В.А. Франц. Москва : Издательство Юрайт, 2020.

¹⁹⁹ См., например: Яковлева М. Г. Функции социологической информации в журналистских публикациях предвыборной тематики // Теория СМИ и массовой коммуникации. Выпуск № 2. 2014 г. Доступно по ссылке: <http://www.mediascope.ru/1546> (дата обращения: 03.08.2022).

правовой природе данных актов, она, напротив, стимулирует суд на всестороннее изучение дела, учет всех релевантных факторов, соответствие требованию правовой определенности и т. д.

Кроме того, важно обозначить, что цель аргументации рассматриваемых решений должна восприниматься как идеальная категория, по аналогии с конституционными нормами-целями, задающими вектор развития права, а не закрепляющими уже действующий уклад.

Таким образом, *цель аргументации решений органов конституционного правосудия состоит в принятии их адресатами (аудиторией) такими, какими они являются, в качестве рациональных, убедительных, справедливых.* Данная цель соотносится со всеми из трех рассмотренных ранее подходов к аргументации: формально-логическим, риторическим, прагма-диалектическим, поскольку может считаться компромиссной в отношении целеполагания аргументации в рамках указанных подходов (от доказательства истинности тезиса до убеждения аудитории и разрешения конфликта соответственно). Стоит отметить, что называемые выше черты восприятия решения адресатами (рациональность, убедительность и справедливость) выводятся именно из обозначенного целеполагания трех подходов к аргументации.

Деятельность по осуществлению конституционного контроля часто связана с формированием *de facto* нормативных установлений²⁰⁰. Аргументация решений органов конституционного правосудия с содержательной точки зрения может способствовать восполнению пробелов нормативного регулирования, корректировать нормы и т. д. в рамках обеспечения конституционной законности. В этой связи может быть выдвинут тезис о том, что цель аргументации не может заключаться в убеждении аудитории в корректности принятого решения. Так, по мнению А. М.

²⁰⁰ Judicial Law-Making In European Constitutional Courts. Ed. by Monika Florczak-Wątor. 1st Edition. 2020. Routledge. London.

Чирнинова, юридическая обязательность решений органов конституционного контроля вне зависимости от общественного принятия; риск неисполнимости условно «безукоризненного» конституционно-судебного предписания; то обстоятельство, что одобряемая и принимаемая аудиторией аргументация с конституционной точки зрения может быть некорректной (речь по сути о популистских решениях); а также ценностные расхождения между субъектом и адресатом аргументации – все эти факторы свидетельствуют о том, что убеждение универсальной аудитории не находит достаточных оснований для того, чтобы считаться целью конституционной судебной аргументации. Указанный автор справедливо утверждает, что риторический компонент выступает лишь вспомогательным средством для аргументации решений органов конституционного правосудия²⁰¹.

Однако, когда речь идет о такой цели как принятие решения аудиторией, в основу закладывается не только риторический подход, но и иные, как обозначено выше. В том числе по этой причине речь не ведется об *убеждении* адресатов. Понятие *принятия решения* оставляет люфт для ситуаций, когда адресат (например, одна из сторон процесса, в частности, «проигравшая») остается необузданным обоснованием суда, но принимает решение, находя его рациональным и справедливым, и, конечно, в силу закона.

Во-первых, юридическая обязательность решений органов конституционного правосудия, представляется, обуславливает среди прочего такое целеполагание аргументации как принятие аудиторией, а не опровергает. Имея в виду обязательность решений для исполнения, а, как правило, в конституционном правосудии также невозможность дальнейшего обжалования, орган конституционного правосудия должен быть в высокой степени мотивирован на качественную аргументацию. Вопрос мотивации лежит в плоскости субъективизма и судейской рефлексии, тем не менее *юридическая обязательность оказывает стимулирующий эффект.*

²⁰¹ Чирнинов А. М. Убедить нельзя принудить: цель и функции конституционно-судебной аргументации // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. №4 (143). С.68–96. СС. 76-78, 91-93.

«Непринятое» обществом решение подлежит исполнению. Однако это не означает, что обязательность решений позволяет не ориентироваться на общественное принятие. Если сработает в длительной перспективе накопительный эффект (в негативном аспекте), то конституционное правосудие, периодически реализующее некачественную аргументацию, рискует собой – институт может быть упразднен, оказаться невостребованным, номинальным. Риск «неисполнимости» корректного с конституционной точки зрения решения также не может обосновывать отказ от ориентации на принятие аргументации решения аудиторией, поскольку качественная аргументация предполагает учет фактора исполнимости. Так, комплексный подход к аргументации призван способствовать в том числе повышению показателей исполнимости решений органов конституционного правосудия, поскольку предполагает учет и формальных правил рассуждения, и эмпирически обусловленных факторов, и задачи конституционно-правового разрешения конфликта.

Во-вторых, что касается риска вынесения популистских решений, то в данном случае аргументация выступает в роли сдерживающего фактора – требование качественно аргументировать решение минимизирует риск популизма. Кроме того, речь не идет о поиске общественного одобрения²⁰². Аргументация решений органами конституционной юстиции преследует цель принятия аудиторией. Условная универсальность аудитории в данном случае помогает: в аудиторию включены не только прямо заинтересованные стороны разбирательства, журналисты, но и, например, ученые-правоведы, практикующие юристы. В самой цели аргументации решения таким образом, чтобы оно было принято аудиторией, закладываются естественные ограничители популизма (социальная группировка внутри аудитории). При этом А. М. Чирнинов справедливо указывает на то, что аргументация не

²⁰² См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 апреля 2019 года № 854-О // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201904040002> (дата обращения: 02.12.2022), которое касалось пенсионной реформы. Цит. по: Конституционный Суд России: осмысление опыта: монография / Медушевский А.Н., Гриценко Е.В., Кененова И. П. и др.; под общ. Ред. А. Н. Медушевского. Москва: Центр конституционных исследований, 2022. С. 127-128.

должна осуществляться во вред конституционной законности (обеспечение которой возводится в цель конституционного правосудия), говоря о том, что неумелая аргументация может компрометировать истинный тезис²⁰³. Это верно, однако такое утверждение, представляется, не опровергает обосновываемое целеполагание аргументации. Ориентация на принятие аудиторией не отменяет конституционно-правовые рамки²⁰⁴, в которых реализуется конституционное правосудие.

Наконец, ценностные расхождения между субъектом и адресатом аргументации, конечно, обуславливают сложности в достижении цели аргументации (тем более учитывая разнородность аудитории), но не означают необходимость отказа от постулирования такой цели. Ценностные ориентиры на уровне общества в целом, напротив, должны учитываться органом конституционного правосудия, в том числе способствовать сужению субъективизма конкретного судьи (каждого из коллектива судей) при аргументации решения²⁰⁵.

Помимо упомянутой цели аргументации решений, ей присущ ряд частных функций. Под *функциями* при этом понимаются *основные, реализуемые на постоянной основе посредством аргументации, задачи, преследуемые при вынесении решений органами конституционного правосудия, соотносимые с целью аргументации и обусловленные правовой природой и институциональной спецификой конституционного правосудия*. Представляется возможным обособить следующие функции.

Во-первых, аргументация решений органов конституционного правосудия выполняет, как уже было обосновано, *легитимирующую функцию*.

²⁰³ Чирнинов А. М. Убедить нельзя принудить: цель и функции конституционно-судебной аргументации // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. №4 (143). С.68–96. С. 76. См также: Алексеев А. П. Аргументация. Познание. Общение. М. : Изд-во МГУ, 1991. С.11, 78.

²⁰⁴ Такие рамки выступают своего рода априорным ограничителем судейского поведения. Формулировка цели аргументации в конституционном правосудии не должна и не может отражать в себе все присущие деятельности по осуществлению конституционного правосудия факторы. В противном случае она будет сводиться к стремлению дачи максимально описательного определения, что может быть полезно, но не соответствует научной цели разработки теории аргументации в конституционном правосудии.

²⁰⁵ О соотношении принятия решения отдельными социальными группами (большинством и меньшинством) уже было сказано выше.

Данная функция корреспондирует цели аргументации решений – принятию их аудиторией. При этом в данном случае нет тождества цели и функции аргументации, поскольку легитимация решений достигается не только посредством аргументации властных решений, но зависит и от других факторов (в частности, соблюдения процедуры), поэтому вычленяется в отношении аргументации более узкая цель принятия решения органа конституционной юстиции сторонами и обществом. Это не означает, что функция рассматривается в качестве более широкого понятия по сравнению с целью, но означает, что одной из задач, на реализацию которых всегда направлена аргументация решения, является его легитимация. Аргументация в содержательном смысле «объясняет» резолютивную часть решения суда, формируя одну из двух ключевых легитимирующих составляющих решения наряду с вынесением решения согласно установленной законом процедуре²⁰⁶.

Во-вторых, аргументация решений органов конституционного правосудия в содержательном смысле включает в себе определенные правовые позиции²⁰⁷ по тем или иным вопросам, которые в совокупности складываются в «политики» суда в отношении таких вопросов²⁰⁸ или перерастают в формирование судебных конституционных доктрин («живой конституции», «конституционной идентичности» и т. д.). Аргументация выполняет *политико-формирующую* функцию. При этом формирование таких «политик» осуществляется в конституционно-правовой плоскости: условное название функции не означает прямого вмешательства органов конституционного правосудия в политические процессы, регулированием и выстраиванием которых занимаются иные органы государственной власти.

²⁰⁶ См.: *Feteris E. T.* Fundamentals of Legal Argumentation. Argumentation Library. 2017. P. 140; *Dyevre A., Jakob A.* Foreword: Understanding Constitutional Reasoning // German Law Journal. Vol. 14. 2013. No. 8. P. 983–1015, 995.

²⁰⁷ Аргументация как содержание (а не процесс) представляет собой цепочку рассуждения органа конституционного правосудия, а потому может заключать в себе как доводы (аргументы) как таковые, являющиеся исключительно аргументативными звеньями в цепочке рассуждения, так и правовые позиции, которые могут являться конечными умозаключениями аргументации или промежуточными умозаключениями квазинормативного характера (то есть уровня правовой позиции), но при этом одновременно выступающими в качестве доводов для дальнейшего построения аргументации.

²⁰⁸ *Dyevre A., Jakob A.* Op. cit. P. 995.

В рамках данной функции речь ведется также о предсказуемости решений органов конституционной юстиции. Даже в странах континентальной правовой системы, где не действует непосредственно доктрина *stare decisis*²⁰⁹, доводы суда по существу дела обычно имеют значение для рассмотрения подобных дел в будущем. При этом для успешной реализации данной функции в решении должны содержаться ясные предписания по поводу его исполнения²¹⁰.

Стоит пояснить, что уместным представляется говорить о политико-формирующей, а не о право-формирующей функции аргументации, несмотря на формулирование конституционными судами (иными органами конституционного контроля) в рамках аргументации решений правовых позиций, ориентированных на неоднократное применение и оказывающих влияние на неопределенный круг лиц с учетом значимости конституционного правосудия на уровне правопорядка и широты аудитории восприятия решений органов конституционного правосудия. Дело в том, что обособление «право-формирующей» функции предполагало бы однозначное утверждение правотворческого характера деятельности органов конституционного правосудия. Между тем аргументация соответствующих решений не преследует цель созидания норм права, как и не является это целью и функцией конституционного правосудия, как уже было обозначено в работе ранее. Конструирование нормативных смыслов в процессе аргументации решений и толкования конституции и иных объектов (нормативных правовых актов, обычаев и т. д.) осуществляется органами конституционного правосудия в контексте реализации квазиправотворчества как неотъемлемого, сопутствующего элемента их деятельности, не являющегося самоцелью.

²⁰⁹ Доктрина прецедента, а именно принцип *stare decisis* не применяются конституционными судами в странах романо-германской правовой системы в той форме, в какой это происходит в странах общего права. Конституционные суды континентальной системы права склонны опираться на принцип *jurisprudence constant* – постоянной судебной практики, т. е. последовательной линии судебных решений. См. подробнее: Белов С. А. Обязанность следовать собственным прецедентам в практике конституционных судов Западной Европы // Журнал конституционного правосудия. 2018. № 5(65). С. 20–21.

²¹⁰ Dyevre A. Op.cit. P. 3.

Аргументация решений не осуществляется ради правотворчества, можно говорить лишь о ее квазиправотворческом содержании²¹¹.

Речь в рамках политико-формирующей функции аргументации идет о формировании «политик» суда как неких «программ действий» на будущее, что способствует устойчивости правоприменительной практики²¹², может перерасти в становление правовых концепций, судебных конституционных доктрин. Так, ранее примером решения ФКС ФРГ по «Аптечному делу» 1958 уже было показано, что удобные и эффективные инструменты аргументации (в частности, тест на пропорциональность) могут закрепиться в практике и перерасти в полноценные судебные доктрины по сути нормативного свойства, поскольку они в итоге становления применяются для соответствующих случаев на постоянной основе и обладают регулятивным эффектом – как в процедурном плане структурирования процесса аргументации, так и в содержательном смысле – например, путем закрепления в конституции²¹³ или иных нормативных правовых актах постулата о необходимости преследования легитимной цели при ограничении государством конституционных прав и свобод.

Указанная политико-формирующая функция включает в себе также «дисциплинирующий» эффект. Однажды сформулированные правовые позиции, перерастающие в «политики» суда, ограничивают усмотрение судей на будущее²¹⁴. Аудиторией ожидается, что подобные друг другу случаи конституционным судом (иным органом конституционного контроля) будут разрешаться исходя из подобных друг другу аргументационных подходов и

²¹¹ См. подробнее: *Кокотов А. Н.* О правотворческом содержании решений Конституционного Суда Российской Федерации // *Российская юстиция.* 2014. № 4. С. 21–24.

²¹² См. подробнее: *J. Harvie Wilkinson III.* The Role of Reason in the Rule of Law // *The University of Chicago Law Review.* Vol. 56, No. 2. The Federal Court System (Spring, 1989), pp. 779-809. P. 768.

²¹³ Например, ч. 2 ст. 37 Конституции Республики Корея 1948 года закрепляет, что «все права и свободы человека могут быть ограничены законом, только если это необходимо для обеспечения национальной безопасности, поддержания правопорядка или для общественного блага. Даже если такое ограничение накладывается, оно не может нарушать существенные аспекты прав и свобод». Текст Конституции Республики Корея доступен на английском языке по ссылке: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4dd14.html> (дата обращения: 20.04.2022). Перевод автора.

²¹⁴ *Michael J. Gerhardt.* The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory // *60 George Washington Law Review.* 1991. Faculty Publications. P. 68-159. URL: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/980/> (дата обращения: 08.08.2022).

приемов. Конституционный суд – это тот орган, который нередко именуют «хранителем конституции»²¹⁵; если он оказывается не способным хранить приверженность собственным позициям, могут возникнуть сомнения в его приверженности основному закону.

Таким образом, в-третьих, справедливо можно обособить *дисциплинирующую* функцию аргументации решений органов конституционного правосудия.

Так, решением Верховного Суда США по делу *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* 1969 года была заложена позиция, согласно которой ограничение свободы слова в школах (речь шла о возможности ношения учениками браслетов в поддержку мира, против Вьетнамской войны), охраняемой Первой поправкой к Конституции США, допустимо только в случаях, если ее реализация *значительно мешает образовательному процессу*, и такое ограничение не может вводиться лишь из-за желания избежать какого-либо дискомфорта²¹⁶. Следуя прецеденту, в 2013 году Апелляционный Суд по третьему округу, опираясь на установленный в вышеназванном деле «тест значительного вмешательства» признал недопустимым запрет ученикам носить браслеты в поддержку борьбы с раком груди²¹⁷.

Устойчивость правовых позиций суда напрямую связана с предсказуемостью его решений. Для заявителей и исполнителей решений должна обеспечиваться возможность действовать сообразно позициям суда, и при этом не быть подверженными риску *внезапного их изменения*. Представляется, что к аргументации судебных решений (органов конституционного правосудия, в частности) применима доктрина так называемых правомерных или разумных ожиданий (англ.: “legitimate

²¹⁵ См., например: *Князев С. Д.* Конституционный Суд в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 5-13. С. 5.

²¹⁶ *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/393/503/> (дата обращения: 08.08.2022). Курсив мой – А. У.

²¹⁷ *B.H. And K.M. v. Easton Area School District*. URL: <https://casetext.com/case/bh-v-easton-area-sch-dist-2> (дата обращения: 08.08.2022).

expectations”), чаще всего используемая в гражданско-правовых отношениях,²¹⁸ но заключающая в себе общеправовой смысл. КС РФ, например, указывает, что должен соблюдаться «принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства»,²¹⁹ что подразумевает существование неких «правомерных и разумных ожиданий» граждан применительно к тем или иным ситуациям. Аналогичная позиция высказывается Конституционным трибуналом Республики Польша²²⁰. Такая предсказуемость, направленная на гарантию защиты правомерных ожиданий соответствующих лиц, является условием соблюдения принципа правовой определенности в правовом государстве²²¹. Так, КС РФ в своей практике прямо связывает принципы поддержания доверия к закону и органам государства и правовой определенности, указывая среди прочего, что они предполагают установление правового регулирования, адекватного ожиданиям граждан, принятие уполномоченными государством органами решений на основе строгого исполнения законодательных предписаний, а также внимательной и ответственной оценки фактических обстоятельств, с которыми закон связывает возникновение, изменение, прекращение прав²²². При этом указанные принципы относятся и к деятельности органов конституционного контроля, которые также являются органами государства.

Важно отметить, что следует говорить именно о дисциплинирующей функции аргументации в ее содержательном значении, а не об ограничительной, поскольку не исключается принципиально возможность изменения отдельных правовых позиций суда при наличии для этого объективных причин.

²¹⁸ См., например: *Бойко Т. С.* Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 20, 23.

²¹⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 мая 2001 года № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ. № 5. 2001. С. 68 –77, 75.

²²⁰ Постановление Конституционного трибунала Республики Польша от 11 февраля 1992 года (К 14/91). Цит. по: *Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г.* Указ. соч. С. 720.

²²¹ *Prisacariu M. R.* The Predictability Of Romanian Constitutional Court Decisions And The Political «Migration» Of Parliamentarians. URL: <https://ssrn.com/abstract=2597715> (дата обращения: 07.08.2021).

²²² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 мая 2021 года № 24-П // Российская газета, № 132, 17.06.2021. П. 4; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 января 2016 года № 1-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 3, 2016. П.2.

Правовая позиция может уточняться или распространяться на новые правоотношения, например, с учетом социальных изменений. Так, доктрина «живой конституции» исходит из того, что для ее применения необходимы объективные изменения в социальной жизни (научно-технический прогресс, изменение господствующего общественного мнения, появление новых угроз и вызовов и др).²²³ Например, практика Верховного Суда США в сфере регулирования трудовых правоотношений в течение первой половины XX века претерпела значительные изменения. При этом нельзя упускать из виду *объективный фактор* глубокого экономического кризиса в США в 1930-х годах (Великая депрессия). Подходы Верховного Суда, а вместе с тем и объем конституционной охраны прав и свобод с позиций о полной свободе договора, защищаемой XIV поправкой к Конституции США, и действии экономического принципа невмешательства (франц.: *laissez-faire*)²²⁴ сменились обоснованием конституционной возможности регулировать минимальный уровень заработной платы²²⁵.

С учетом возникающей иногда объективной необходимости «преобразования» конституции²²⁶, актуализируется вопрос обеспечения ее стабильности, поскольку конституция является фундаментом «предсказуемого будущего», она обязана сохранять элементы неизменности и преемственности, присущие реальности при любых ее изменениях²²⁷. *Политико-формирующая и дисциплинирующая функции аргументации решений в совокупности позволяют обеспечивать как, с одной стороны, стабильность конституции, так и ее динамизм, с другой стороны.*

²²³ Должиков А. В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. №4(113). С. 125-151. С. 142–143.

²²⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/> (дата обращения: 20.04.2022); *Adkins V. Children's Hosp.*, 261 U.S. 525 (1923). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/> (дата обращения: 20.04.2022).

²²⁵ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/> (дата обращения: 20.04.2022).

²²⁶ См. подробнее: *Аничкин Е. С.* «Преобразование» Конституции Российской Федерации и развитие конституционного законодательства в конце 20-начале 21 вв. Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. д-ра. юрид. наук. Тюмень, 2010.

²²⁷ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. М. : Эксмо, 2010. С. 7–9.

Стабильность достигается посредством прежде всего дисциплинирующего эффекта аргументации, реализуемого формированием устойчивой практики органа конституционного правосудия конкретной юрисдикции, что свидетельствует в том числе о единых для суда паттернах аргументации, а не о разрешении дел каждый раз исходя из личных мотивов отдельного судейского состава. Тем более силен обозначенный эффект в условиях действия прецедентной системы права. Динамизм же основного закона достигается посредством специфики конституционного правосудия, заключающейся в его преобразовательном потенциале – формирование конституционно-правовых судебных «политик» «мягче» конституционно-правового регулирования в его формально-юридическом, буквальном значении и, соответственно, в большей степени способно к адаптации. Динамическое начало конституционного регулирования, представляется, не противоречит, а дополняет начало конституционной стабильности, если сам характер, направленность конституционной динамики определяются целями содействия тому, чтобы конституция была актом прямого действия²²⁸.

Наконец, в-четвертых, аргументация решений выполняет *информационно-познавательную* функцию²²⁹. Данная функция проявляет себя в нескольких аспектах. Так, аргументация обладает познавательной функцией ввиду неизбежного взаимодействия участников конституционного разбирательства друг с другом – в процессе обмена позициями и при формировании собственной позиции судом происходит познание – восприятие сторонами, судом и иными участниками процесса определенных знаний (фактов, правовой информации), направленное на продуцирование нового знания, в контексте аргументации решений органов конституционного правосудия – в форме принятия определенного с правовой точки зрения решения. Кроме того, познавательным потенциалом аргументация решений

²²⁸ Авакьян С. А. Конституционное право России: учебный курс: в 2 т. Т. 1. 7-е издание, переработанное и дополненное. М.: Норма, Инфра-М. 2022. С. 182.

²²⁹ Усманова Е. Ф. Понятие и функции юридической аргументации // Современные научные исследования и инновации. 2015. № 1-3. С. 31-32.

обладает и для иных, любых заинтересованных лиц, в частности – правоведов-исследователей, которые в процессе анализа такой аргументации могут приходиться к тем или иным умозаключениям, приобретать новое знание.

Так, в решении по делу о свободе сообщений ФКС ФРГ указал, что в контексте данного дела особенное значение имеет то, что «конституция сделала выбор в пользу «воинствующей демократии», которая не допускает злоупотребление основными правами для атаки, направленной на либеральное устройство государства». Также Суд пояснил, что «концепция человека в Основном законе – это не концепция изолированного, суверенного индивида; скорее, Основной закон сделал выбор в пользу взаимоотношений индивида и общества в смысле зависимости человека от общества и его принадлежности к нему, без того чтобы посягать на индивидуальную ценность человека»²³⁰. Из приведенных отрывков явно следует познавательный функционал аргументации: ФКС ФРГ апеллирует к доктрине «воинствующей демократии», разъясняя ее суть, делает вывод о конституционном закреплении концепции человека.

Аргументация решений органов конституционного правосудия содержит, как правило, информацию различного рода – информацию в части предписаний суда, обязательных к исполнению, правовые позиции квазинормативного свойства, информацию сравнительно-правового, доктринального характера и т. д. Информационная функция присуща практически любому тексту – и воплощенная в текстах решений органов конституционного правосудия аргументация не является исключением. Такая аргументация может являться источником информации для практикующих юристов, теоретиков права, журналистов, политиков и иных заинтересованных лиц. Представляется обоснованным выделять наряду с познавательным информационный аспект рассматриваемой функции,

²³⁰ 30 BVerfGE 1 (1970). Приводится по: *Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г.* Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях: учебное пособие. М.: URSS, КРАСАНД, 2015. С.

поскольку аргументация как процесс и результат может и приводить к познанию, и содержать в себе уже известное знание в информативном ключе.

Таким образом, обобщая вышеизложенное в настоящем параграфе, цель аргументации решений органов конституционного правосудия заключается в принятии решений адресатами (аудиторией) такими, какими они являются, в качестве рациональных, убедительных, справедливых. При этом принятие решений не обязательно предполагает согласие адресатов – сторон и даже общества (большинства или отдельных социальных групп) с данным решением. Также аргументация выполняет ряд частных функций, а именно: 1) легитимирующую; 2) политико-формирующую; 3) дисциплинирующую; 4) познавательно-информационную. Данный перечень функционала не является исчерпывающим, но очерчивает ключевые задачи, которые должна выполнять аргументация в конституционном правосудии.

Представляется, как ранее уже отмечалось, что достижению указанной цели аргументации решений органов конституционного правосудия и обеспечению названных функций аргументации может способствовать опора на комплексный подход. Применение в совокупности дополняющих друг друга элементов формально-логического, риторического и прагматического подходов позволяют обеспечить полноту аргументации, ее понимание адресатами, в целом повысить качество аргументации. В то же время, безусловно, остается пространство для судейского усмотрения, несмотря на диктуемые подходами правила, и прежде всего – в области определения аргументов «низового уровня», неких исходных оснований, вокруг которых будет выстраиваться дальнейшая аргументация с помощью сочетания обозначенных подходов. Как аргументы *per se*, так и аргументы «низового уровня» могут являться проявлениями в большей степени какого-либо одного из подходов. При этом их подкрепление в рамках всей системы аргументации элементами других подходов усиливает качество аргументации. В данной области определения «низовых аргументов», или так называемой «мета-аргументации», также необходимы определенные руководящие

принципы для наиболее эффективной и легитимной реализации судебного усмотрения. Подробнее вопрос мета-аргументации рассмотрен в следующем параграфе.

§ 1.4. Проблематика мета-аргументации в конституционном правосудии

Как ранее уже было обозначено, само понятие «аргументации» многозначно и к его определению существует множество подходов, обусловленных различными исследовательскими установками. Аналогично ситуация обстоит с понятием «мета-аргументации». Его трудно назвать распространенным: в рамках отечественной науки, в частности юридической, мета-аргументация *per se* как феномен почти не исследуется. Тем не менее в зарубежной литературе предлагается несколько вариантов понимания термина «мета-аргументация».

Так, под мета-аргументацией может пониматься исследование моделей общей теории мета-аргументации; имитация споров об аргументации в долгосрочной разработке практических алгоритмов для искусственного интеллекта²³¹; исследование аргументов в их применении к значимым научным утверждениям²³².

В рамках эпистемологии приставка «мета» означает – «о себе», то есть выводит познание на рефлексивный «подуровень». Под мета-аргументацией может пониматься таким образом также теория аргументации в целом (или по крайней мере ключевые ее, общие характеристики²³³), учитывая, что теория аргументации – это систематизированное знание о явлении аргументации. Представляется, что цель мета-аргументации, таким образом, состоит в том, чтобы обеспечить исследования аргументации, ее моделирование и осуществление основополагающими установками, правилами, руководящими принципами (англ.: *general guidelines*). В контексте моделирования и

²³¹ См. подробнее, например: *Michael T. Cox, Anita Raja, Ashok K. Goel. Metareasoning: Thinking About Thinking. The Mit Press. March 18, 2011.*

²³² *Hovhannisyann H., Djidjian R. Building A General Theory Of Meta-Argumentation // Metaphilosophy. 48 (3). April 2017. P. 345–354. P. 345-346.*

²³³ Там же.

осуществления аргументации такой мета-уровень сводится к *обоснованию выбора аргументов, аргументативной стратегии*²³⁴.

К таким основополагающим установкам в рамках моделирования и осуществления аргументации относимы, например, *аксиомы «Метафизики» Аристотеля: закон противоречия (непротиворечия), закон тождества, закон исключенного третьего.*

Установкам, правилам мета-аргументации, представляется, необходимо придание аксиоматичного характера, поскольку в противном случае встанет неразрешимая проблема бесконечного вычленения мета-уровней, требующих обоснования выбора аргументации последующего уровня. Более того, в данном случае проблема не аналогична проблематике, например, герменевтического круга²³⁵, раскрывающего взаимосвязанность и взаимозависимость понимания частей текста и текста в целом, поскольку цепочка «подуровней» в рамках мета-аргументации гипотетически не замыкается в принципе.

Профессор философии Университета Невады М. Финоккьяро, предложивший в своей монографии 2013 года подход к пониманию мета-аргументации²³⁶, среди прочего отмечает возможное видение мета-аргументации в качестве аспекта всей аргументации (в противовес ее обособлению в качестве отдельного или дополнительного типа аргументации) на уровне сходном диалектическому характеру аргументации, то есть который

²³⁴ Под аргументативной стратегией может пониматься методическое планирование действий, оказывающих влияние на исход (эффективность) процесса убеждения, и проявляющееся в систематическом, координированном и одновременном использовании возможностей, соответствующих конкретному контексту аргументации. См.: *Шаниро О. А.* Аргументативные паттерны электронной текстовой культуры // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Философия. Политология. Культурология. Том 5 (71). 2019. № 3. С. 30-41. С. 36.

²³⁵ Парадигмы юридической герменевтики: монография / под общ. ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова. СПб.: Алетей, 2017. С. 134-136. См. также: *Гадамер Х.-Г.* Истина и метод: Основы философской герменевтики. М., 1988. С. 348.

²³⁶ *Finocchiaro Maurice A.* Meta-Argumentation: An Approach to Logic and Argumentation Theory. In: Finocchiaro M. A. London: College Publications, 2013. См. также: Review by *J. Anthony Blair.* By Maurice A. Finocchiaro Studies in Logic, Logic and Argumentation, Vol. 42. London: College Publications, 2013 // Informal Logic, Vol. 34, No. 2. 2014. P.219-239.

незримо всегда присутствует, но не всегда внешне проявляется, демонстрируется²³⁷.

Действительно, мета-уровень в аргументации, а, точнее, при ее деконструкции, включая научно-правовой анализ, вычленим в любом случае – при этом выявление конкретных мета-аргументов или элементов мета-аргументации зависит от глубины анализа и исследовательских установок, целей и задач²³⁸. Так, в исследованиях, посвященных искусственному интеллекту, мета-аргументация в основном связывается с изучением мета-когнитивных аспектов обоснования, то есть, в сущности, обособляется в отдельное направление информационной науки (англ.: computer science).

Для целей настоящего конституционно-правового исследования, представляется, целесообразным обозначить следующее понимание мета-аргументации. Под мета-аргументацией в настоящей работе понимается, во-первых, *область исследования* аргументации решений органов конституционного правосудия с позиций вычленения и анализа постояннодействующих (условно «статических») элементов, и динамических элементов – *специальных конституционно-правовых правил, принципов, установок (паттернов)* аргументации, влияющих на выбор конкретных средств и содержание аргументации. Данное понимание выстраивается на основе определения предметной области исследования и необходимо для того, чтобы обозначить теоретические аспекты мета-аргументации, вычленимые применительно к сфере конституционного правосудия (статические факторы,

²³⁷ Finocchiaro Maurice A. Godden David M. Deep disagreements: A meta-argumentation approach // OSSA Conference Archive. 31. 2011. University of Windsor. URL: <https://scholar.uwindsor.ca/ossaarchive/OSSA9/papersandcommentaries/31> (дата обращения: 29.10.2021).

²³⁸ Так, по мнению Комшуковой О. В., использование конкретных правовых и политических аргументов в обосновании решения, а также их соотношение определяется стратегиями легитимации, которые реализует конституционный суд. При этом исследовательской задачей автора является выявление обозначенных стратегий (Комшукова О. В. Дисс. на соискание ученой степени к. полит. наук. Стратегии легитимации решений Конституционного суда России: обоснование по политически значимым делам. Москва. 2021. С. 8). В то же время, если сместить фокус исследования со стратегий легитимации на процесс аргументации, выполняющей в том числе легитимирующую функцию, то можно предположить, что в большей мере стратегия легитимации решения определяется аргументами, а не наоборот.

влияющие на выбор аргументов, и специальные конституционно-правовые паттерны мета-аргументации).

Во-вторых, под мета-аргументацией в настоящей работе с точки зрения содержания решений органов конституционного правосудия понимаются *мотивы и исходные основания последующей правовой аргументации решения на основании категории спора, конкретных обстоятельств дела, конституционно-правового регулирования и принципов права.*

Важно обратить внимание, что, как и формально-логический подход является базисным в том смысле, что закладывает основы построения рассуждений, так и мета-аргументы в данном случае рассматриваются как базисные установки, правила, объясняющие построение дальнейшей аргументации органа конституционного контроля. Следует отметить, что в зарубежной литературе понятия мета-аргументов и базисных аргументов или аргументов нижнего уровня (англ.: *ground-level arguments*) разграничиваются. Мета-аргументы воспринимаются при таком разграничении не как исходные основания для дальнейшей аргументации, базисные аргументы (некие опорные точки), а как «аргументы об аргументах». В качестве примера приводится ситуация косвенного обоснования утверждения через метод «от противного» – приводимый в такой ситуации защищаемому утверждению контраргумент, который впоследствии отвергается, и рассматривается в качестве мета-аргумента²³⁹.

Между тем, исходя из вышеизложенного, понимание мета-аргументации и мета-аргументов может зависеть от исследовательских задач и не является устоявшимся в науке, тем более – юридической, конституционно-правовой науке. В этой связи представляется допустимым и целесообразным рассматривать мета-аргументацию в плоскости конституционного правосудия в содержательном аспекте именно как *мотивы и исходные основания последующей правовой аргументации решения*, оставляя

²³⁹ Review by J. Anthony Blair. By Maurice A. Finocchiaro *Studies in Logic, Logic and Argumentation*, Vol. 42. London: College Publications, 2013 // *Informal Logic*, Vol. 34, No. 2. 2014. P.219-239. P. 237.

различные методологические приемы аргументации на уровне «аргументов» и их формы (в частности, метод аргументации «от противного»).

Таким образом, в качестве задач настоящего параграфа ставится выявление элементов мета-аргументации в конституционном правосудии, а также формулировка и анализ основополагающих, условно «аксиоматичных» конституционно-правовых правил, установок, принципов (паттернов) мета-аргументации, применяемых для обоснования выбора аргументов, положенных в основу решения органа конституционной юстиции.

Мышление изучается в рамках целого ряда дисциплин. Традиционно к ним принято относить философию, психологию, лингвистику, нейрофизиологию, исследования в области искусственного интеллекта, антропологию. При этом на сегодняшний день к когнитивным исследованиям относят и более частные дисциплины, такие как, например, теория принятия решений, исследования эмоционального интеллекта и т. д.²⁴⁰. Аргументация, будучи интеллектуальной деятельностью, предполагает опору субъекта аргументации на определенные *когнитивные установки*. Под ними в данном случае понимается готовность субъекта когнитивной деятельности (судьи как субъекта аргументации) использовать определенные критерии оценивания информации и способы построения рассуждений. При этом на формирование таких установок в свою очередь оказывают влияние знания, опыт субъекта, его когнитивные способности, эмоциональный интеллект²⁴¹.

Когнитивные установки субъекта аргументации являются одним из элементов мета-аргументации, относящимся при этом к условно «статическим» в том смысле, что они всегда, вне зависимости от разрешения конкретного дела, оказывают влияние на аргументацию, ее моделирование и осуществление, включая в результате ее структуру и содержание.

²⁴⁰ Шапиро О. А. Аргументативные паттерны электронной текстовой культуры // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Философия. Политология. Культурология. Том 5 (71). 2019. № 3. С. 30-41. С. 31-32.

²⁴¹ См. подробнее: Там же. С. 30-41.

Такой элемент мета-аргументации как когнитивные установки субъекта аргументации вычленим исходя из самой структуры аргументации, предполагающей когнитивного субъекта ее моделирования и осуществления. Иными словами, данный элемент вытекает из аксиоматичного утверждения о влиянии на аргументацию решений органов конституционного правосудия субъективного фактора – установок, убеждений, способностей и навыков, опыта и знаний судьи, разрешающего дело²⁴². Как ранее уже указывалось, влияния данного фактора невозможно избежать в судебной деятельности, но можно и нужно очерчивать рамки такого влияния в целях минимизации риска волюнтаризма: от постулирования в науке и практике принципа судейского самоограничения²⁴³ до легальных механизмов по типу закрепления формальной процедуры рассмотрения дел и выработки специальных структурированных аргументационных схем в практике конституционного правосудия.

К постояннодействующим, «статическим» элементам мета-аргументации следует также отнести *социокультурный исторический контекст данной юрисдикции*. Безусловно, сам по себе такой контекст изменчив (как могут меняться и когнитивные установки с течением времени), но как элемент мета-аргументации он статичен, поскольку в любом случае обуславливает выбор обоснования в пользу принимаемого решения. Представляется, что данное утверждение также не требует доказывания, то есть аксиоматично: *историческая обусловленность*²⁴⁴ (включая соответствующую культурологическую составляющую) присуща

²⁴² Gregory C. Sisk, Michael Heise, Andrew P. Morriss. Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning // New York University Law Review. Vol. 73, No. 5. 1998. PP. 1377-1500. Available at: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/190>. P. 1385, p. 1411 (о важности письменного представления решений, включая аргументацию, в ходе которого может модифицироваться изначальная внутренняя установка судьи на разрешение дела определенным образом).

²⁴³ См., например: United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936). P.297 US 79. Mr. Justice Stone, Dissenting. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/1/> (дата обращения: 20.04.2022). Судья Стоун в особом мнении отметил, что «в то время как неконституционное осуществление полномочий исполнительной и законодательной ветвями власти подлежит судебному ограничению, единственным препятствием для осуществления нами собственной власти является наше чувство самоограничения».

²⁴⁴ См.: Парадигмы юридической герменевтики: монография / под общ. ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2017. С. 153.

практически любым интеллектуальным действиям, поведению, включая аргументацию.

Вышеуказанные элементы мета-аргументации, а именно: когнитивные установки субъекта аргументации и социокультурный исторический контекст юрисдикции, относятся к постояннодействующим факторам мета-аргументации²⁴⁵. В рамках настоящего исследования не требуется и не представляется возможным их более детальное исследование, но при этом важно обозначить, что данные факторы *в том числе обуславливают динамические элементы мета-аргументации* – то есть выбор *специальных конституционно-правовых паттернов мета-аргументации*.

Прежде чем углубиться в выявление и рассмотрение таких специальных паттернов аргументации в конституционном правосудии отметим, что к статическим элементам мета-аргументации также следует отнести *общие правила и принципы аргументации*, заложенные каждым из обозначенных выше в настоящей главе подходов к аргументации: формально-логическим, риторическим, прагма-диалектическим (например, уже упомянутые законы «Метафизики» Аристотеля, расцениваемые в качестве основополагающих правил формальной логики). Однако в исследовательских целях в настоящей работе в структуре мета-аргументации в конституционном правосудии данный элемент, представляется, не требует дополнительного обособления, поскольку соответствующие правила и принципы рассматриваются в рамках исследования подходов к аргументации.

²⁴⁵ Стоит обозначить, что, например, фактические обстоятельства дела как влияющий на аргументацию фактор, представляется, не относимы к элементам мета-аргументации, поскольку обстоятельства конкретного дела инкорпорированы на уровне посылок в структуру аргументации как таковой. Аналогична ситуация с представлением в аргументации решения цепочки аргументов, следующих один из другого, когда каждый предыдущий аргумент оказывается исходным основанием, мета-аргументом для последующего.

Под *паттерном*²⁴⁶ *мета-аргументации*²⁴⁷ в настоящем исследовании понимается *повторяющийся в использовании органами конституционного правосудия одностипный элемент аргументации* – средство, установка, правило, схема для обоснования принимаемого решения. Отталкиваясь от данного понимания, далее в работе будет предпринята попытка выявить и раскрыть такие паттерны.

В рамках отечественных правовых исследований анализ аргументативных паттернов в конституционном правосудии практически не осуществляется. Подобное исследование в контексте риторического подхода проведено А. К. Соболевой в работе «Топическая юриспруденция»²⁴⁸. Так, А. К. Соболева выделяет тринадцать исходных оснований аргументации (топов – общих мест) и интерпретации в сфере конституционного правосудия, опираясь на решения КС РФ, ФКС ФРГ и Верховного Суда США: 1) максимы права (основополагающие его принципы, некие аксиомы)²⁴⁹; 2) текст закона; 3) ранее данные толкования (прецедент²⁵⁰); 4) намерение законодателя; 5) цель закона; 6) наилучшие последствия (прагматическая аргументация); 7) эволюция нормы в процессе социальных изменений; 8) принципы, концепции,

²⁴⁶ Сам по себе термин «паттерн» имеет английское происхождение от *pattern* – «образец», «модель», «форма», «тип», «шаблон». Первоначальное применение термина «паттерн» относится к области биологии и психологии, в частности бихевиористского направления. В данных исследованиях под паттерном понимались некоторые поведенческие «целостности» или образцы. С учетом того, что деятельность по аргументации является формой профессионального поведения, использование данного термина представляется возможным. Учитывая иные его содержательные трактовки в современной науке (включая понимания в качестве алгоритма, устойчивого образца мышления, интеллектуального концепта, концепции и пр.) применение в контексте настоящего исследования данного термина видится целесообразным, поскольку объединяет в себе алгоритмичный характер конституционных судебных «образцов» аргументации, их поведенческий аспект в смысле формирования судьями на практике и отражает концептуальную природу паттернов – доктринальное значение, их системность. См. подробнее: *Леонов И. В.* Эволюция термина «паттерн» в культурологическом знании: от понятия к научной категории. В: Актуальные вопросы культурологии: сборник научных трудов. Выпуск 20 / под общ. ред. С. С. Чернова. Новосибирск: Издательство НГТУ, 2011. С. 41-48.

²⁴⁷ См., например: *Van Eemeren F. H.* Identifying Argumentative Patterns: A Vital Step in the Development of Pragma-Dialectics // *Argumentation* 30. 2016. PP. 1–23; *Villata Serena & Boella Guido & Van der Torre Leon.* Argumentation Patterns // 8th International Workshop on Argumentation in Multi-Agent Systems. 2011. URL: https://www.researchgate.net/publication/267712085_Argumentation_Patterns (дата обращения: 30.10.2021).

²⁴⁸ *Соболева А. К.* Топическая юриспруденция. М.: Добросвет, 2002. С. 28-30.

²⁴⁹ Например, *audi alteram partem* — «выслушай и другую сторону», *ultra vires* — «акт, принятый с превышением полномочий, не имеет силы» и др. *Соболева А. К.* Топическая юриспруденция. М.: Добросвет, 2002. С. 85.

²⁵⁰ В венгерском конституционном правосудии это именуют концепцией «невидимой конституции» (*invisible constitution*). *Jakab A.* Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective // *German Law Journal*, vol. 14, no. 8, 2013. P. 1215-1275. P. 1238.

доктрины конституционного права (топы логико-концептуального типа); 9) социальные ценности; 10) научные данные; 11) социальные теории; 12) статистика; 13) здравый смысл.

Интерес в данной области представляет американская конституционно-правовая доктрина. Так, в ее рамках известна предложенная для обоснования легитимности конституционного контроля в США профессором Ф. Боббитом таксономия конституционных аргументов²⁵¹. Профессор выделяет шесть архетипов (как первоисточников) конституционного аргумента: 1) исторические; 2) текстуальные; 3) структурные; 4) доктринальные; 5) этические и 6) пруденциальные²⁵².

Типологию Ф. Боббита до двухмерного измерения дополнил Дж. Грин, указав, что основания аргументов (первоисточники) в аргументации предстают не сами по себе, а в преломлении «форм риторики» или, иначе, «модусов убеждения»: логоса, этоса и пафоса, которые можно определить, как обращение соответственно к логике, к авторитету и нравственным ценностям и к эмоциям. Аргументационная сетка, предложенная Дж. Грином выглядит следующим образом (таблица 1):²⁵³

	Логос	Этос	Пафос
Текст			
История			
Доктрина			
Структура			
Последствия			

Таблица 1.

²⁵¹ *Bobbit P. Constitutional Fate: Theory of the Constitution. New York: Oxford University Press. 1982. См. также: Starger C. Constitutional Law and Rhetoric // (February 15, 2015). 18 U. Pa. J. Const. L 1347, May 2016; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2016-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2480481>.*

²⁵² Под пруденциальными (*prudential*) понимаются внеправовые основания: социальные, экономические и пр.

²⁵³ См.: *Greene J. Pathetic Argument in Constitutional Law // Columbia Law Review. Vol. 113. No. 6. 2013. P. 1389-1481; 1443. К. Старджар дополняет сетку категорией ценностей в части исходных оснований (первоисточников) аргументации. Starger C. Constitutional Law and Rhetoric // (February 15, 2015). 18 U. Pa. J. Const. L 1347, May 2016; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2016-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2480481>. P. 1359-1363.*

Все вышеназванные исходные основания для построения дальнейшей аргументации (паттерны), справедливы. Действительно, судьи черпают «вдохновение», аргументируя решения, и непосредственно из текста конституции, и из доктрины, и на основе социальных ценностей и т. д.

Однако, представляется, что многие приведенные исходные основания являются *источниками информации (текст конституции, доктрина и пр.) для формирования посылок аргументации или самих аргументов*, а некоторые – находятся уже в плоскости непосредственной аргументации и являются по сути (в рамках приведения классификации) абстрактными аргументами (принципы конституционного права, последствия и т. д.), не наполненными конкретным содержанием в связи с определенным делом.

Задачей же настоящего параграфа, как уже было отмечено, является вычленение не абстрактных категорий, на которые опираются судьи органов конституционной юстиции при разрешении дел, таких как теории, концепции, судебные доктрины, правовые принципы, а более специфичных *паттернов мета-аргументации, которые реально используются органами конституционного контроля при обосновании решений*.

Таким образом, в настоящем исследовании речь идет о концентрации на вопросе о том, какие *специальные конституционно-правовые паттерны мета-аргументации* используются органами конституционной юстиции различных юрисдикций.

В рамках исследовательской задачи проекта «CONREASON»²⁵⁴ по сравнительно-правовому изучению обоснования решений органов конституционного контроля, результаты которого нашли свое отражение в труде 2017 года под редакцией А. Якоба (A. Jakab), А. Дювре (A. Dyevre) и Д. Ицковича (G. Itzcovich) «Сравнительная конституционная аргументация»

²⁵⁴ András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzcovich. MTA Law Working Papers 2015/9. CONREASON – The Comparative Constitutional Reasoning Project. Methodological Dilemmas and Project Design. Magyar Tudományos Akadémia / Hungarian Academy of Sciences Budapest. P. 3.

(англ.: “Comparative Constitutional Reasoning”)²⁵⁵, был поставлен подобный вопрос. Однако, в указанном проекте под аргументативным паттерном понимается не повторяющееся использование органами конституционного правосудия однотипных элементов аргументации, а устойчивый либо означающий новую тенденцию поведенческий аспект аргументационной деятельности²⁵⁶. При этом при анализе 40 знаковых дел органов конституционного контроля каждой из 16 юрисдикций (Австралия, Австрия, Бразилия, Канада, Чехия, Франция, Германия, Венгрия, Ирландия, Израиль, Италия, ЮАР, Испания, Тайвань, Великобритания, США), а также Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) и Суда Европейского Союза (Суд ЕС) авторы исследования опирались на такие *типы аргументов* как статус конституционного текста и его приемлемость к делу; аналогия; буквальное значение текста; внутренняя (внутринациональная) системность, согласованность²⁵⁶; согласованность с международным правом; прецедент; принципы или концепции, не закрепленные в конституции; «аргумент от молчания» (англ.: *argument from silence*); телеологические текстуальные (объективные) аргументы; телеологические субъективные аргументы (учитывающие исторически намерение конституционного законодателя); внеправовые аргументы (экономические, социологические, морально-этические); отсылки к доктрине; отсылки к зарубежному праву; иные аргументы. Также отдельно исследовалась частота использования органами конституционной юстиции (а также ЕСПЧ и Судом ЕС) отсылок к таким принципам и концепциям как верховенство права, демократия, суверенитет, форма государства, форма правления, секуляризм, нация, федерализм, пропорциональность, ядро конституционно права, человеческое достоинство, равноправие, ключевые процессуальные права (надлежащая правовая

²⁵⁵ Comparative Constitutional Reasoning. Edited by András Jakab, Arthur Deyevre, Giulio Itzcovich. Cambridge University Press. 2017. URL: <https://www.cambridge.org/core/books/comparative-constitutional-reasoning/03EF6AE2B0CDA569B3E0238EA9A2728D>.

²⁵⁶ Там же. Pp. 761-797.

процедура, право на юридическую помощь пр.), свобода выражения; охрана частной жизни²⁵⁷.

В контексте вычленения паттернов мета-аргументации решений органов конституционного контроля также важно обратить внимание на подготовленный Секретариатом КС РФ и опубликованный в октябре 2021 года методологический материал. Прежде всего необходимо отметить значимость опубликования подобного материала КС РФ как таковую. Анализ Судом собственной практики, ее систематизация свидетельствуют о положительной тенденции к судейской рефлексии и вычленению исходных оснований аргументации решений, а также демонстрируют в очередной раз актуальность настоящего диссертационного исследования, поскольку подготовка Судом таких методологических материалов означает *потребность в систематизации аргументативной практики*.

КС РФ (в лице Секретариата)²⁵⁸ обозначил в качестве основных принципов, которыми руководствуется Суд при обосновании решений, приоритет прав и свобод человека и гражданина и охрану достоинства личности, верховенство и прямое действие конституции, справедливость и юридическое равенство, правовую определенность и поддержание доверия граждан к закону и действиям публичной власти, соразмерность (пропорциональность) ограничения прав и свобод, конституционную идентичность. При этом отдельно в материале выделены основные применяемые КС РФ методологические подходы к обоснованию решений, в качестве которых названы презумпция добросовестности законодателя, конституционности нормы, проявление судом конституционной сдержанности и баланс конституционных ценностей²⁵⁹.

²⁵⁷ Там же. Рр. 777, 761-797; *András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzcovich*. MTA Law Working Papers 2015/9. CONREASON – The Comparative Constitutional Reasoning Project. Methodological Dilemmas and Project Design. Magyar Tudományos Akadémia / Hungarian Academy of Sciences Budapest. P. 17-20.

²⁵⁸ При этом материал утвержден непосредственно Судом.

²⁵⁹ Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации). Одобрено решением Конституционного Суда Российской Федерации от 19 октября 2021 года. URL: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf](http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf) (дата обращения: 10.05.2022).

Очевидно, что в вышеприведенных исследованиях и некоторых других²⁶⁰, выделяются пересекающиеся типы исходных оснований аргументации (повторяются как сами аргументы (основания аргументации), так и обособление, например, их уровней: внутригосударственного, зарубежного, международного): конституционный текст, доктрина, телеологические аргументы, аргументы «от последствий», отсылки к зарубежному праву, принципам верховенства права и конституции, равноправия, охраны человеческого достоинства, пропорциональности и т. д.

Между тем обозначенные выше исходные основания аргументации представлены разрозненно, без четкой системы; они относятся к *разнопорядковым явлениям и категориям* (например, конституционный текст и форма правления или принцип здравого смысла явно не могут выступать сравнимыми объектами, так как в основе их формирования заложены различные критерии).

Кроме того, в качестве паттернов мета-аргументации в конституционном правосудии не могут выступать такие конкретные характеристики государств как принцип федерализма, охраны человеческого достоинства и т. д. Безусловно, органы конституционного правосудия опираются на данные принципы при аргументации решений, но это осуществляется в рамках прямого применения конституционных норм или правовых принципов (которые могут быть не закреплены в конституции, например, но косвенно вытекать из ее содержания), и, соответственно, не означает, что используется паттерн мета-аргументации, задающий алгоритм рассуждений суда.

Также в контексте упомянутого выше исследования («CONREASON») стоит отметить то обстоятельство, что анализ частоты использования обособленных аргументационных типов явно включает в себе определенные искажения, связанные с тем, что некоторые из обособленных исследователями

²⁶⁰ См.: *Yun-chien Chang & Peng-Hsiang Wang*. The Empirical Foundation of Normative Arguments in Legal Reasoning // Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No. 745. 2016. Pp. 1-23; *Andrea Lollini*. The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law // *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 2. 2012. Pp. 55-87.

типов аргументов количественно могут превосходить другие в силу объективных причин (так, принцип верховенства права провозглашается во всех конституционных государствах, а федеративными являются не все из них), а не в связи с аргументационной потребностью.

Переходя к конкретным паттернам мета-аргументации в рамках конституционного правосудия, представляется, что из вышеназванных исходных оснований таковыми можно считать следующие: 1) *баланс конституционно-правовых интересов и соразмерность ограничения прав и свобод*; 2) *конституционная идентичность*; 3) *эволюция конституционно-правового регулирования в процессе социальных изменений*.

Вычленение в настоящей работе именно данных трех паттернов мета-аргументации в конституционном правосудии объясняется следующим.

Прежде всего есть математическое обоснование исходя из принципов комбинаторики. Все конституционно-правовые споры условно можно свести к *столкновению конституционно-правовых интересов*²⁶¹. Таких интересов – два: частный (обозначим как «Ч») и публичный (обозначим как «П»). Детализируя, можно указать на смешанную природу некоторых интересов, например, в случае с интересом, преследуемым муниципальным образованием, которое выполняет публичные функции, но при этом в рамках конкретного конституционно-правового дела может рассматриваться как носитель частного интереса в контексте реализации права населения определенной территории на реализацию местного самоуправления (в такой ситуации право на местное самоуправление рассматривается как субъективное конституционное право)²⁶². Также носителем публичного интереса может являться *de jure* частный субъект – например, юридическое лицо,

²⁶¹ Доля условности связана в том числе с тем, что формально под такое распределение не попадают дела, касающиеся дачи органами конституционного контроля официального толкования конституции (хотя определенное столкновение интересов можно обнаружить и в проблемах толкованиях). Между тем данная процессуальная форма предусмотрена не во всех юрисдикциях, а паттерны мета-аргументации вычленяются исходя из выявления определенного рода универсалий в конституционном правосудии.

²⁶² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 ноября 2000 года № 15-П // Российская газета, № 239, 19.12.2000.

выполняющее возложенные на него публичные функции (банки и пр.)²⁶³. Тем не менее, в контексте определенной спорной ситуации для субъекта превалирует частный или публичный интерес.

Из двух значений возможно составить только три конфигурации их столкновения: *ЧЧ, ЧП, ПП*. Таким образом, исходя из категории спора при ее обособлении в зависимости от конфигурации столкновения конституционно-правовых интересов вычленяются *соответственно три паттерна мета-аргументации*.

При этом вышеуказанные паттерны применяются не каждый к определенной категории спора, а следующим образом. Паттерн *баланса конституционно-правовых интересов и соразмерности ограничения прав и свобод* применим только для ситуаций столкновения частных интересов между собой и частных и публичных интересов (ЧЧ, ЧП). Его использование не релевантно для столкновения публичных интересов между собой (внутригосударственных или внутригосударственного и международного). Для споров, связанных с конкуренцией национального и наднационального регулирования актуальным является паттерн конституционной идентичности, что будет подробнее рассмотрено в следующей главе настоящей работы.

В ситуациях столкновения внутригосударственных интересов между собой (при спорах о компетенции различных государственных органов, при реализации в федеративных государствах федерального вмешательства в дела субъекта федерации²⁶⁴), представляется, не применим паттерн *баланса конституционно-правовых интересов и соразмерности*,²⁶⁵ поскольку для разрешения таких споров необходима прежде всего политико-правовая воля уполномоченных лиц (политическая, управленческая воля и законодательное решение). В общем смысле это вопрос государственного строительства, что не

²⁶³ См. подробнее: *Harold J. Krent. The Private Performing The Public: Delimiting Delegations To Private Parties // University of Miami Law Review, vol. 65, number 2, 2011. PP. 507-554.*

²⁶⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 июля 1995 года № 10-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 5, 1995.

²⁶⁵ В том числе по этой причине в название паттерна выносится формулировка о «соразмерности *ограничения прав и свобод*», а не в целом о принципе соразмерности.

относится, как правило, к компетенции органов конституционного правосудия как представителям судебной ветви власти. Безусловно, при рассмотрении споров о компетенции (тем более, если их разрешение прямо отнесено к полномочиям органа конституционного контроля) суд может исходить из общеправовых принципов разделения властей, сдержек и противовесов (балансирования), соразмерности. Однако в таких ситуациях не идет речи об опоре на соответствующий паттерн мета-аргументации, которым бы задавалась линия аргументации в решении. Ключевыми опорными точками для суда в этих делах должны служить *правовые нормы (включая конституции)*²⁶⁶, которые суд в силу своей компетенции вправе соответствующим образом *толковать* в спорных ситуациях (с помощью различных методов, в том числе системного толкования)²⁶⁷. Аналогично при конституционном контроле поправок в конституцию на первый план может выходить толкование, например, системное, конституционного регулирования, если предмет изменений не касается конституционной идентичности государства. Подробнее о неприменимости к столкновению двух публичных интересов паттерна «баланса и соразмерности ограничения прав» еще будет сказано в следующей главе настоящего исследования.

Таким образом, паттерн баланса конституционно-правовых интересов и соразмерности ограничения прав и свобод применим к категориям спора ЧЧ и ЧП, паттерн конституционно идентичности к категории спора ПП.

²⁶⁶ Стоит отметить, что, например, в ст. 94 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» определены пределы проверки в отношении споров о компетенции, в соответствии с которыми КС РФ рассматривает споры о компетенции исключительно с точки зрения установленных Конституцией РФ разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную и разграничения компетенции между федеральными органами государственной власти, а также с точки зрения разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ, между высшими государственными органами субъектов РФ, установленного Конституцией РФ, Федеративным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий.

²⁶⁷ См., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 01 декабря 1999 года № 17-П «По спору о компетенции между Советом Федерации и Президентом Российской Федерации относительно принадлежности полномочия по изданию акта о временном отстранении Генерального прокурора Российской Федерации от должности в связи с возбуждением в отношении него уголовного дела» // Вестник Конституционного Суда РФ, № 6, 1999. См. также: Kakhi Samkharadze. Consideration of Competence Disputes in the Constitutional Court, as the Principal Constitutional Mechanism for the Realization of Power Division Principle // Journal of Law, vol. 2, 2018. P. 162-181. P. 168-169, 170, 177-178.

Что касается такого паттерна мета аргументации как эволюция конституционно-правового регулирования в процессе социальных изменений, – он *в некотором смысле универсален*, поскольку может быть релевантным к любой из трех вышеупомянутых категорий спора. Так, учет изменившихся социальных реалий может потребоваться при разрешении вопроса столкновения частного и публичного интересов²⁶⁸, и при конкуренции частных интересов между собой²⁶⁹, и при столкновении публичных интересов друг с другом (например, при предварительной оценке органом конституционного контроля поправок в конституцию²⁷⁰).

Схематично можно представить следующую конструкцию применения паттернов мета-аргументации в конституционном правосудии (таблица 2):

Категория спора (в зависимости от сталкивающихся конституционно-правовых интересов)	Паттерн мета-аргументации	«Универсальный» паттерн мета-аргументации
---	----------------------------------	--

²⁶⁸ 25 июня 2020 года Конституционный суд Латвии постановил, что существующий гарантированный минимальный доход не соответствует положениям Конституции. Омбудсмен Латвии успешно оспорил в Конституционном суде конституционность текущего на тот момент гарантированного минимального дохода в размере 64 евро в месяц. Суд среди прочего учел текущие по статистике размеры расходов на жилье, медицинские услуги, а также указал, что, что согласно исследованиям, только для здорового питания на одного человека необходимо 153 евро. См.: Мониторинг конституционных новостей: июнь— июль 2020 // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. №4(137). С. 4–13; Решение Конституционного Суда Латвийской Республики от 25 июня 2020 года № 2019-24-03. Доступно на языке оригинала по ссылке: [https://www.satv.tiesa.gov.lv/cases/?search\[number\]=2019-24-03](https://www.satv.tiesa.gov.lv/cases/?search[number]=2019-24-03) (дата обращения: 12.09.2022). Пар. 2.1. Перевод автора.

²⁶⁹ Так, интересно решение Конституционного Суда ЮАР 2005 года по делу *President of the Republic of South Africa v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd*. Его рассмотрение в Верховном Суде и далее в апелляции происходило как раз исходя из оценки конкуренции права на проживание и права на охрану частной собственности. Речь шла о том, что около 40 000 человек заняли частную территорию и должны были быть выселены по соответствующему приказу, но отказывались уходить. Землевладелец безуспешно пытался получить помощь государства в решении вопроса – суды обязали выплатить землевладельцу компенсацию, разрешив при этом незаконно проживающим на частной территории поселенцам оставаться на земле до тех пор, пока не будет предоставлена альтернативная земля. Однако Конституционный Суд решил иначе и указал, что нужно при разрешении дела исходить не из сопоставления частных прав (хотя и признал компенсацию землевладельцу справедливой), а из обязанности государства по обеспечению верховенства права и защиты разных частных интересов при этом с учетом социальных реалий несправедливости и бедности в стране. См.: *President of the Republic of South Africa v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd*. 2005 5 SA 3 (CC). Доступно на английском языке по ссылке: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/president-republic-south-africa-and-anor-v-modderklip-boerdery-pty-ltd-40-2005-5-sa-3> (дата обращения: 12.09.2022). Перевод автора.

²⁷⁰ В этой связи стоит упомянуть о доктрине «основной структуры» Конституции Верховного Суда Индии, с помощью которой возможно поддержание баланса гибкости основного закона и его стабильности. См.: *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973) SC 1461, 1492. URL: https://indiankanoon.org/doc/257876/?__cf_chl_tk=G31dl_ugRHewIxyWqtgy1O1kUGoLCPjVJ3nxMPdUZ8-1648148357-0-gaNycGzNCVE (дата обращения: 12.09.2022). См. пар. 1485.

ЧЧ	Баланс конституционно-правовых интересов и соразмерность ограничения прав и свобод	Эволюция конституционно-правового регулирования в процессе социальных изменений
ЧП	Баланс конституционно-правовых интересов и соразмерность ограничения прав и свобод	
ПП	Конституционная идентичность	
<i>ПП (споры о компетенции, контроль конституционных поправок)</i>	× <i>Толкование закона</i>	

Таблица 2.

Во-вторых, важно отметить, что указанные паттерны мета-аргументации *сформировались и устоялись в рамках конституционной юстиции и отражают в себе особенности конституционно-правового регулирования*: учитывают емкость содержания конституционных норм, целеполагание национального конституционного регулирования (поддержание конституционного правопорядка и защиту прав и свобод человека и гражданина).

В-третьих, обозначенные паттерны вычленены на основе, как уже было сказано, практики органов конституционного правосудия, а также обобщающего анализа литературы по данной теме.²⁷¹ Не только практика конституционного правосудия свидетельствует об использовании данных паттернов, но и научная доктрина, когда речь ведется о балансе интересов и соразмерности ограничения прав и свобод, конституционной идентичности или эволюции конституционного регулирования, часто затрагивает вопросы аргументации²⁷².

²⁷¹ Автором настоящего диссертационного исследования проанализированы приведенные в работе примеры судебных дел, учтены эмпирические данные и теоретические выводы других исследований.

²⁷² См.: *Grimm D.* Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence // University of Toronto Law Journal. Vol. 57. 2007. No. 2. P. 383–397; *Алекси Р.* Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. Пб.: ООО «Универ. издат. консорц. «Юридическая

Безусловно, общим местом в рамках обоснования решений органов конституционной юстиции является также *конституционный текст*. Однако в отличие от вышеназванных паттернов мета-аргументации текст конституции *не отражает поведенческий мыслительный аспект процесса аргументации* – текст в любом случае служит в рамках аргументации в сфере конституционного правосудия отправной точкой и возникновения спора, и его разрешения (в качестве посылки, которая в свою очередь может подвергаться интерпретациям).

Аналогичным образом паттернами мета-аргументации в конституционном правосудии нельзя считать, например, учет последствий регулирования (прагматический подход), конкретные конституционно-правовые принципы или признаки государства, методы толкования права (грамматический, систематический и т. д.), правила формальной логики, здравый смысл, доктрину. В данных случаях речь идет, во-первых, о разных категориях (методы, нормы и т. д.), на что ранее уже обращалось внимание, во-вторых, о категориях, которые не отражают специфику конституционного правосудия, и, в-третьих, которые относятся к аргументации не в качестве исходных оснований, направляющих судебские размышления, а в различных иных смыслах – в качестве результата, методов, посылок (нормы и принципы).

Вышеуказанные паттерны мета-аргументации представляют собой не готовое с точки зрения аргументации решение (ответ) или конкретную норму или, правило (как, например, принцип верховенства права), а *задают определенный процесс в аргументации на мета-уровне, алгоритм аргументативных действий*: провести оценку пропорциональности ограничения прав и свобод, выявить социальные изменения и установить нуждается ли в корректировке с их учетом конституционно-правовое

книга”», 2011. С. 446-456. Перевод с нем. Антонова М. В.; *William P. Marshall. Progressive Constitutionalism, Originalism, And The Significance Of Landmark Decisions In Evaluating Constitutional Theory // University Of North Carolina School Of Law Carolina Law Scholarship Repository. Ohio State Law Journal. 2011. Vol. 72: 6. Pp. 1251-1276; Блохин П. Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6 (127). С. 62–81.*

регулирование, сопоставить спорное регулирование, решение, действие с национальной, конституционной идентичностью²⁷³.

Аргументация решений с учетом обозначенных паттернов мета-аргументации в конституционном правосудии строится таким образом, что судья предполагает применение конкретного паттерна и мысленно конструирует, представляет гипотетический результат принятия и аргументации решения. Таким образом проявляется алгоритмичный характер паттернов – предварительно оценивая последующую линию аргументации, суд может выстроить опорные точки (критерии, условия, которые необходимо соблюсти), заложенные в конкретный паттерн, учет которых позволит повысить качество аргументации. Сами паттерны мета-аргументации и заложенные в них условия применения, которые будут рассмотрены в следующей главе, выступают и возможными исходными основаниями для проявления легального и легитимного судейского активизма, и определенными ограничителями судейского усмотрения одновременно.

Таким образом, на основе настоящего параграфа можно сделать следующие выводы.

Под мета-аргументацией с точки зрения содержания решений органов конституционного правосудия понимаются мотивы и исходные основания последующей правовой аргументации решения на основании категории спора (в зависимости от сталкивающихся конституционно-правовых интересов), конкретных обстоятельств дела, конституционно-правового регулирования и принципов права.

Исходя из данного понятия вычленимы статические (постояннодействующие) и динамические элементы мета-аргументации. К статическим элементам относятся *когнитивные установки субъекта аргументации (судьи) и социокультурный исторический контекст данной*

²⁷³ Конституционно-правовое регулирование предполагается национальным по своей сути, однако в условиях глобализации, в том числе появления по крайней мере в доктрине феномена глобального конституционализма, указание на национальную составляющую наряду с указанием конституционного уровня регулирования не представляется излишним.

юрисдикции. В определении данным элементам корреспондируют соответственно мотивы (субъективные факторы, которыми движим судья при аргументации решений) и конкретные обстоятельства дела (фактические обстоятельства), а также правовые обстоятельства дела (применимое право): конституционно-правовое регулирование и принципы права, относимые также в более широком ключе к социокультурному историческому контексту юрисдикции.

Статические элементы мета-аргументации присущи каждому делу, что следует из понятия. Динамическими элементами мета-аргументации, отличающимися от дела к делу в зависимости прежде всего от категории спора, являются паттерны мета-аргументации в конституционном правосудии, к которым относятся *1) баланс конституционно-правовых интересов и соразмерность ограничения прав и свобод; 2) конституционная идентичность; 3) эволюция конституционно-правового регулирования в процессе социальных изменений.*

Далее в настоящей работе подробнее будут рассмотрены соответственно указанные паттерны мет-аргументации и обоснованы критерии использования данных паттернов, которыми надлежит руководствоваться судьям органов конституционного правосудия.

ГЛАВА 2. ПАТТЕРНЫ МЕТА-АРГУМЕНТАЦИИ В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ

§ 2.1. Баланс конституционно-правовых интересов и соразмерность ограничения прав и свобод²⁷⁴

Идее баланса конституционно-правовых интересов и соразмерности (пропорциональности) ограничения прав и свобод посвящено множество исследований, в том числе рассматривающих данную идею в качестве процедурной аргументационной техники²⁷⁵.

В практике конституционного правосудия обозначенный паттерн баланса конституционно-правовых интересов и соразмерности ограничения прав встречается в различных формах. Ключевыми формами его выражения являются тесты баланса интересов (англ.: *balancing tests*) и тест на пропорциональность, структура которого уже приводилась ранее во второй главе. При этом указанные концепции могут использоваться органами конституционного контроля в собственном варианте: в усеченной форме, исключительно исходя из нормативных конституционных установлений²⁷⁶

²⁷⁴ Автором используются понятия интереса и прав и свобод соответственно, а не в совокупности, например, понятие конституционных ценностей, поскольку охрана конституционно-правового интереса, прав и свобод является более персональной, относимой к тем или иным частным лицам (в том числе коллективно) или публичным лицам. Конституционные ценности же выступают более имперсональным, абстрактным понятием.

²⁷⁵ См., например: *Stone Sweet A., Mathews J.* Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2008. Paper 14; *Grimm D.* Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence // *University of Toronto Law Journal*. Vol. 57. 2007. No. 2. P. 383–397; *Jackson V. C.* Constitutional Law in an Age of Proportionality // *The Yale Law Journal*, vol. 124, no. 8, 2015. URL: <http://www.yalelawjournal.org/feature/constitutional-law-in-an-age-of-proportionality> (дата обращения: 16.12.2021); *Шлинк Б.* Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных прав и общественных ценностей // *Сравнительное конституционное обозрение*, № 2 (87), 2012. С. 56-76; *Алекси Р.* Юридическая аргументация как рациональный дискурс // *Российский ежегодник теории права*. № 1. 2008. С. Пб.: ООО «Универ. издат. консорц. “Юридическая книга”», 2011. С. 446-456. Перевод с нем. Антонова М. В. (далее - *Алекси Р.* Юридическая аргументация как рациональный дискурс); *Alexey R.* Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 1978.

²⁷⁶ Ст. 36 Конституции ЮАР, например, подробно устанавливает пределы ограничения конституционных прав и свобод. Согласно указанной норме «права могут быть ограничены только законом общего применения в той мере, в какой это ограничение является разумным и оправданным в открытом и демократическом обществе, базирующемся на принципах человеческого достоинства, равенства и свободы, принимая во внимание все релевантные факторы, в том числе: а) природу права; б) значимость цели ограничения; в) характер и степень ограничения; г) соотношение между ограничением и его целью; и д) менее обременительные средства для достижения цели». Текст на английском языке доступен по ссылке: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1> (дата обращения: 22.04.2022). Перевод автора.

(непосредственных конституционных пределов ограничения прав²⁷⁷), требования сохранения существа (ядра) права²⁷⁸ и т. д.

Так, часто в усеченном ключе идея соразмерности (пропорциональности) используется КС РФ, выступая по тексту вспомогательным приемом без последовательного применения теста на пропорциональность согласно его структуре, что Суд сам признает²⁷⁹, но полагает рациональным с точки зрения использования только необходимых для конкретного дела элементов теста (что небесспорно с позиции обеспечения качества аргументации).

Представляется, что несмотря на имеющиеся в практике органов конституционного правосудия, а также теоретические различия (в том числе относительно истории возникновения «тестов», их изначальной целенаправленности, их структуры и вариативности²⁸⁰) идеи баланса интересов и соразмерности ограничения прав могут в качестве *специального паттерна мета-аргументации* в конституционном правосудии рассматриваться в совокупности, поскольку, во-первых, они обе направлены на обеспечение гарантии *защиты конституционных ценностей*, в том числе защиты прав и свобод граждан (коллективной или индивидуальной), во-вторых, структурно обе заключают в себе *оценку сходных факторов*, в-третьих, каждая из идей *релевантна по своей сути для применения в ситуациях конкуренции конституционных ценностей*, и, наконец, обе обладают *алгоритмичным потенциалом* – могут направлять ход судебской мысли при аргументации решений, задают генеральную аргументационную линию.

²⁷⁷ См. подробнее: Alexy R. Theory of constitutional rights. Oxford University Press, 2010. P. 178-201.

²⁷⁸ См., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 07 июля 2020 года № 33-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 5, 2020; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 мая 2019 года № 20-П // Российская газета, № 117, 31.05.2019 и др.

²⁷⁹ Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации). Одобрено решением Конституционного Суда Российской Федерации от 19 октября 2021 года. URL: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf> (дата обращения: 10.05.2022). С. 90-91.

²⁸⁰ См. подробнее: Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение, № 3 (82), 2011. С. 59-81.

Объединение обозначенных идей в один паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии также позволит укрупненно (то есть более универсально для целей научного познания и правоприменения) проанализировать ключевые критерии, правила использования данных идей как паттерна.

Детальное внутреннее структурирование идей может отличаться, но при этом, как будет показано далее, их объединяют определенные ключевые условия, которые должны соблюдаться при опоре на данные идеи в рамках аргументации решений органов конституционного правосудия. При этом такие условия релевантны для соблюдения органами конституционного контроля вне зависимости от модели конституционного контроля и принадлежности к той или иной правовой семье, поскольку как паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии данные идеи условно универсальны – на них опираются разные органы конституционной юстиции в связи с определенной категорией дела (предметом спора), а не в зависимости от модели конституционного контроля или системы права. Специфика юрисдикции подлежит учету, но в рамках соответствующего статичного элемента мета-аргументации, о чем было сказано ранее.

Первым из таких условий применения паттерна баланса интересов и соразмерности ограничения прав является *определение судом конкурирующих конституционных ценностей и объема их конституционной охраны на основе соответствующих конституционных диспозиций* (норм, охраняющих такие ценности).

В ситуациях конкуренции конституционных ценностей – прав и свобод, интересов (в том числе частных с публичными) особенно важно *точно определить предмет конкуренции*. В противном случае вся дальнейшая цепочка аргументации может быть искажена из-за неверного определения предмета конституционной аргументации. Так, если бы в ранее упомянутом во второй главе польском деле о защите плода по сути в ущерб интересам женщины (Постановление от 22 октября 2020 года К 1/20) Конституционный

трибунал Польши иначе определил подлежащие проверке на пропорциональность ограничения права и интересы, результат мог бы оказаться другим. Если бы Конституционный трибунал оценил пропорциональность (соразмерность) вмешательства в право женщины на охрану частной жизни, а не в сферу охраны жизни плода (что, кроме того, требует детального рассмотрения вопроса о правосубъектности как необходимом элементе оценки пропорциональности ограничения прав), то это *ad minimum* оказало бы влияние на построение аргументации и содержание доводов, что также могло привести к иной резолютивной части.

Только при грамотном определении предмета конкуренции и соответствующего объема конституционной охраны возможно корректное использование паттерна баланса и соразмерности. В такого рода конституционных спорах (где речь идет о конкуренции конституционных ценностей) искомое решение заключается в том, чтобы найти точку баланса, соразмерности, то есть, чтобы обеспечивалась одновременно защита конкурирующих ценностей или сохранялась максимально возможная в данной ситуации конституционная охрана ограничиваемого права. Ключевой вопрос при этом заключается в «демаркации» *степени возможного ограничения прав или сужения сферы охраны конституционного интереса*, о чем подробнее будет сказано далее²⁸¹.

Например, в решении по делу об отрицании Холокоста 1994 года ФКС ФРГ отметил, что в своих решениях постоянно исходил из того, что *«преднамеренная или очевидная ложность представления фактов не подпадает под защиту, гарантируемую свободой выражения»*. Тем не менее требования, основанные на обязанности говорить правду, не должны использоваться таким образом, чтобы в результате страдало право на свободу выражения или чтобы

²⁸¹ См., например: *Wilkinson v. Austin*, 545 U.S. 209 (2005). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/209/> (дата обращения: 24.04.2022). В данном деле Верховный Суд США сначала определил охраняется ли интерес заявителей в том, чтобы не подвергаться помещению в специальные особо суровые условия содержания под стражей (предусмотренные для наиболее опасных преступников), Четырнадцатой поправкой к Конституции США, а затем, после утвердительного решения в этом отношении, перешел к оценке допустимости степени такого вмешательства в их права.

любое допустимое выражение мнения подвергалось самоцензуре из-за страха последующих санкций...<...> С конституционной точки зрения, нет ошибки в установлении Федеральной судебной палатой связи между основанным на расовых критериях истреблением еврейского населения во времена Третьего рейха и нападками на право уважать человеческое достоинство евреев в наши дни.»²⁸². ФКС ФРГ в своем решении предваряет выводы по делу определением объема конституционной охраны ценностей, являющихся предметом спора (свободы выражения мнения и охраны достоинства личности).

Существует проблема, которая заключается в сложности объективного сравнения конституционных ценностей, прав, интересов с точки зрения их значительности, необходимости конституционной охраны. Так, провокационной кажется абстрактная формулировка вопроса о том, что важнее – право на охрану достоинства личности или свобода выражения мнения и слова? Более того, конституционные ценности часто сильно взаимосвязаны друг с другом. Так, свободное выражение мнения может составлять значимую часть достойного существования личности. Достоинство личности может защищаться свободой слова и т. д.

Однако, обозначенная проблема (вне зависимости от обозначения определенной «иерархии» прав на конституционном уровне) решается *относительностью* сравнения конституционных ценностей *при разрешении конкретных дел*.

В рамках каждого дела ценности (интересы, права и свободы) наполняются конкретным содержанием (например, право на охрану частной жизни может конкретизироваться до права прерывания беременности на определенном сроке и по определенной причине, охрана достоинства личности может означать запрет отрицания геноцида евреев в нацистской Германии). Такая конкретизация, а также конкретные риски ущемления

²⁸² 90 BVerfGE 241 (1994). Приводится по: Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях: учебное пособие. М. : URSS, КРАСАНД, 2015. С. 233-234. Решение на немецком языке доступно по ссылке: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090241.html> (дата обращения: 22.04.2022). Курсив мой – А.У.

ценностей в данных обстоятельствах и обуславливают осуществление «сравнения».

Также стоит отметить, что конституционные ценности содержательно неизбежно раскрываются с учетом национальной специфики в каждой юрисдикции (историческая и культурологическая обусловленность)²⁸³. Тем не менее сама идея достижения конституционного баланса ценностей пронизывает конституционную судебную практику разных государств, а также органов международного правосудия.

Вторым условием опоры на паттерн конституционного баланса интересов и соразмерности ограничения прав является наличие *конституционно-легитимной цели вмешательства* (как со стороны государства, так и частных лиц – например, частных компаний при строительстве объектов инфраструктуры, зданий, сооружений, чему может сопутствовать выкуп земельных участков или ухудшение условий окружающей среды в зоне строительства²⁸⁴). Цель вмешательства в реализацию прав и свобод, тот или иной охраняемый основным законом интерес должна, во-первых, *быть конституционной, то есть следовать из конституции*, во-вторых, – *должна фактически быть обоснованной*, ее преследование должно быть *необходимым*, что в совокупности означает легитимность преследуемой цели.

Для оценки соблюдения баланса конституционных интересов и соразмерности (пропорциональности) ограничения прав ключевую роль играет определение допустимости вмешательства. Наличие конституционно-легитимной цели может обосновывать такое вмешательство. При этом во внимание должны приниматься и сопутствующие факторы: необходимо ли в

²⁸³ *Bomhoff J.* Balancing, The Global And The Local: Judicial Balancing As A Problematic Topic In Comparative (Constitutional) Law // *Hastings International & Comparative Law Review*, Vol. 31, No. 2 – Summer 2008. P. 1-33. P. 1-5.

²⁸⁴ См., например: *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/469/> (дата обращения: 22.04.2022).

данных обстоятельствах достижение соответствующей цели, можно ли было достичь цели другими, менее обременительными мерами²⁸⁵.

Основной смысл данного условия заключается в проверке обоснованности вводимых вмешательств в конституционные права, интересы для достижения значимых целей. Главной функцией требования конституционно-легитимной цели выступает недопустимость произвола властей²⁸⁶. КС РФ, например, апеллируя к данному условию, использует такие формулировки как «...по смыслу Конституции РФ, каждое нормотворческое решение, в особенности связанное с введением ограничений конституционных прав и свобод, должно быть обоснованным... Правительство Российской Федерации как нормотворческий орган... не может действовать произвольно»²⁸⁷, «...соответствие вводимых ограничений конституционно значимым целям...»²⁸⁸, «...право частной собственности не является абсолютным и в силу...статьи 55 (часть 3) может быть ограничено федеральным законом в целях защиты конституционно значимых ценностей, к числу которых относятся здоровье, права и законные интересы других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства»²⁸⁹. КС РФ исходит из того, что, например, цель одной только рациональной организации деятельности органов государственной власти, включая судебную, не должна создавать затруднения при реализации прав граждан и не может оправдывать отступление от закрепленных в Конституции гарантий основных прав и свобод²⁹⁰.

²⁸⁵ Troitskaya A. The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the Russian Constitutional Court // Review of Central and East European Law. 2021. Volume 46. Issue 2. P. 203–233. P. 209–210.

²⁸⁶ Должиков А. В. Конституционное требование правомерной цели // Российская юстиция. 2021. № 7. С. 14–29; № 8. С. 39–52.

²⁸⁷ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 июля 2007 года № 633-О-П // Собрание Законодательства РФ. 2007. № 46. Ст. 5642

²⁸⁸ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 мая 2008 года № 8-П // Собрание Законодательства РФ. 2008. № 24. Ст. 2892.

²⁸⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 01 февраля 2022 года № 4-П // Российская газета, № 30, 10.02.2022.

²⁹⁰ Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации). Одобрено решением Конституционного Суда Российской Федерации от 19 октября 2021 года. URL: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf](http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf) (дата обращения: 10.05.2022). С. 13–14. См. также: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 октября 2021 года № 18-П // Российская газета, № 30, 10.02.2022.

ФКС ФРГ четко выделяет оценку легитимности цели при аргументации на основе идеи соразмерности ограничения прав (в рамках теста на пропорциональность). При этом Суд, как правило, развернуто соотносит преследуемую вмешательством цель с наносимым ограничиваемому конституционному праву «ущербом». В решении 2003 года по делу о предоставлении данных телекоммуникационной связи в рамках уголовного преследования²⁹¹ ФКС ФРГ указал, что «распоряжения о предоставлении сведений о телекоммуникационных данных разговоров преследовали легитимную публичную цель расследования и преследования тяжких преступлений и были пригодными для установления местонахождения разыскиваемых обвиняемых». ФКС ФРГ также обозначил, что «серьезные вторжения в тайну телефонных переговоров являются соразмерными только тогда, когда встречные интересы имеют столь же существенное значение. Значимость интереса в уголовном преследовании зависит, в частности, от тяжести и значения расследуемого уголовного преступления».

Подобным образом опирается на критерий легитимной цели Конституционный суд ЮАР, учитывая, что такой критерий напрямую предусмотрен на конституционном уровне при оценке соразмерности ограничений²⁹².

В структуре теста на пропорциональность требование правомерной (конституционно-легитимной) цели вмешательства составляет отдельный шаг, четко зафиксировано. Однако такое применение рассматриваемого паттерна характерно не для всех органов конституционного контроля (в том

Федерации от 20 июля 2012 года № 20-П // Российская газета, № 180, 08.08.2012; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 апреля 2015 года № 8-П // Российская газета, № 89, 27.04.2015; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 мая 2015 года № 9-П // Российская газета, № 110, 25.05.2015.

²⁹¹ BVerfGE 107, 299 // Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Фонд Конрада Аденауэра в Российской Федерации. Отв. редактор К. Кроуфорд. М.: Инфотропик Медиа. 2018. С. 517-522.

²⁹² См., например: *Coetzee v. Comitis & Others* 2001 (1) SA 1254 (C), 2001 (4) BCLR 323 (C) at para 40; *S v. Walters & Another* 2001 (2) SACR 471 (Tk), 2001 (10) BCLR 1088 (Tk) at para 29; *Makinana & Others v. Minister of Home Affairs & Another*; *Keelty & Another v. Minister of Home Affairs & Another* 2001 (6) BCLR 581, 607A–D (C). Приводится по: *Woolman, Stu. Limitations on the Bill of Rights under the South African Constitution. From Constitutional Law of South Africa. January 2007.* URL: https://www.researchgate.net/publication/313423411_Limitations_on_the_Bill_of_Rights_under_the_South_African_Constitution_From_Constitutional_Law_of_South_Africa (дата обращения: 23.04.2022).

числе не для всех судов, действующих по европейской (австрийской) модели конституционного правосудия – например, КС РФ, о чем ранее упоминалось). Однако в том или ином виде опираются на идею баланса и соразмерности (пропорциональности) органы конституционного контроля разных стран, в том числе тех, где реализуется модель неспециализированного конституционного контроля. Например, Верховный Суд Израиля²⁹³ использует принцип пропорциональности ограничения прав с учетом его критериев легитимной цели, выбора наименее обременительного средства достижения цели и оценки сопоставимости в узком смысле выбранных средств вмешательства с преследованием объявленной цели²⁹⁴. Между тем в решении по делу *Lior Horev and Oth. v. The Minister of Transportation* об объездной дороге, которой следовало по решению иерусалимского муниципалитета пользоваться, чтобы во время Субботы машины не проезжали через квартал ультра-ортодоксальных иудеев, судья А. Барак справедливо отметил, ссылаясь на решение по делу *Israel Electric Company v. “Ha’Aretz” Newspaper Publications*, что «процесс приложения конкурирующих ценностей к шкалам балансировки описывает исходное основание для интерпретации, но не устанавливает критерии или значимость (вес) ценностей для осуществления всей задачи толкования». Иными словами, как детальнее разъясняет и А. Барак, процесс балансировки всегда относителен для конкретного дела и общества²⁹⁵.

²⁹³ При том, что в Израиле отсутствует единая писаная кодифицированная конституция (также как в Новой Зеландии, Бутане и Великобритании). См.: Reasonableness and Law. Ed. By Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor, Chiara Valentini. Springer, Netherlands, 2009. P. 197.

²⁹⁴ См., например: HCJ 5016/96 Horev v. The Minister of Transportation, IsrSC 51(4) 1 (1997). URL: <https://marriage-il.com/hcj-5016-96-lior-horev-and-oth-v-the-minister-of-transportation-13-04-1997/> (дата обращения: 24.04.2022); HCJ 5510/92 Turkeman v. Minister Of Defense, HCJ 3477/95 Ben-Atiyah v. Minister Of Education, Culture & Sports (приводится по: International Law Reports. Ed. By Andrew Oppenheimer, C. J. Greenwood, Elihu Lauterpacht, Karen Lee. UK, Cambridge University Press, 2007. P. 213); CA 6821/93 United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village (1995). Выжимка решения доступна на английском языке по ссылке: <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village> (дата обращения: 24.04.2022) и др. См. также: *Menachem Mautner. Law and the Culture of Israel.* Oxford University Press, 2011. P. 72-73.

²⁹⁵ HCJ 5016/96 Horev v. The Minister of Transportation, IsrSC 51(4) 1 (1997). URL: https://hamoked.org/files/2014/2980_eng.pdf (дата обращения: 24.04.2022). Par. 52-53.

В рамках практики конституционного правосудия американской модели на примере США не используется тест на пропорциональность как устоявшееся соответствующее аргументативное средство. При этом применяются тесты баланса (взвешивания) интересов²⁹⁶, которые в свою очередь могут предполагать проведение проверки разной степени строгости²⁹⁷. Однако важность *целеполагания вмешательства* в конституционные интересы, права и свободы в любом случае учитывается и оценивается органом конституционного контроля.

Так, в решении еще 1939 года по делу *Schneider v. State of New Jersey* Верховный Суд США признал, что цель муниципальных запретов в отношении заявителей (свидетелей Иеговы) раздавать на улицах листовки, заключающаяся в поддержании на улицах чистоты, была недостаточной, чтобы оправдать запрет заявителям раздавать литературу другим лицам, желающим ее получить. Суд при этом также указал, что власти могли использовать и другие методы поддержания чистоты на улицах (установить санкции для раздающих листовки)²⁹⁸.

В решении по делу *Mathews v. Eldridge* 1976 года Верховный Суд США утвердил важный для последующей практики относительно нормы о надлежащей правовой процедуре (Четырнадцатая поправка к Конституции США) трехзвенный тест²⁹⁹. Одним из элементов теста стала оценка

²⁹⁶ Методология аргументации путем взвешивания интересов (балансировки) (англ.: balancing tests) противопоставляется в американском конституционализме так называемому «правилу четкой линии» (англ.: bright-line rule or bright-line test), который предполагает в целях обеспечения объективности, предсказуемости и последовательности решений опору на четко установленные правила статутов (законов) или прецедентов. См.: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/> (дата обращения: 24.04.2022). Однако, как уже было обозначено в настоящей работе, опора на нормативный текст (конституцию) не может относиться к паттернам мета-аргументации. По аналогии это касается и опоры на прецедент, который в рамках прецедентных систем права выполняет нормативную роль.

²⁹⁷ Когда американские суды рассматривают случаи, связанные с ограничением прав и вмешательством в их осуществление они проводят так называемую «строгую проверку» (heightened scrutiny), «проверку средней степени строгости» (middle-level scrutiny) или нестрогую проверку (lax scrutiny), соответствующую критериям «простой разумности» (rational basis test). См.: *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, No. 366. // URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/494/case.html> (дата обращения: 24.04.2022).

²⁹⁸ *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/147/#tab-opinion-1936439> (дата обращения: 24.04.2022).

²⁹⁹ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/319/> (дата обращения: 24.04.2022).

государственного интереса. В целом тест предполагает учет таких факторов как интересы лица, в чье право осуществляется вмешательство, интересы государства, в том числе в сокращении издержек и административных процедур, риск ошибочного применения действующих процедур и значимость дополнительных установленных процедур (если таковые предусмотрены).

Наконец, третьим условием применения рассматриваемого паттерна мета-аргументации, представляется, является требование *учета тяжести наносимого конституционному интересу, праву, свободе ущерба.*

С обозначенным условием тесно связана концепция сохранения сущности (ядра) ограничиваемого права. Согласно данной концепции, право не может выхолащиваться, ограничиваться в такой степени, при которой реализация права в принципе становится невозможной или бессмысленной, когда вмешательство посягает на саму суть конституционного права.

Так, в постановлении по делу И. Дадина КС РФ указал, что право на свободу мирных собраний «не обладает абсолютным характером и может быть ограничено федеральным законом в целях охраны конституционно значимых ценностей при обязательном соблюдении принципов необходимости, пропорциональности и соразмерности, с тем чтобы *вводимые ограничения не посягали на само существо данного конституционного права* и не препятствовали открытому и свободному выражению гражданами своих взглядов, мнений и требований посредством цивилизованной организации и проведения мирных публичных акций»³⁰⁰. В ряде решений КС РФ, например, обозначил позицию, согласно которой требование подать уведомление о проведении публичного мероприятия не нарушает сущность права на свободу собраний³⁰¹.

Такая аргументационная «риторика» как апелляция к сущности (ядру) права поднимает проблему содержательного определения такой сущности

³⁰⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2017 года № 2-П // Российская газета, № 41, 28.02.2017. Курсив мой – А. У.

³⁰¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 мая 2012 года № 12-П // Собрание законодательства РФ, 28.05.2012, № 22, ст. 2921; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 05 декабря 2012 года № 30-П // Российская газета, № 292, 19.12.2012.

права, свободы³⁰². Однако данная проблема не может обуславливать отказ от оценки тяжести, наносимого ограничиваемым конституционным ценностям ущерба. Она означает лишь то, что в рамках аргументации соответствующих решений на органы конституционного контроля в таких ситуациях возлагается задача содержательного толкования конституционных прав и свобод, интересов.

Принцип невмешательства в сущность права как предел ограничения конституционных прав³⁰³ закреплен в некоторых странах в тексте конституции (например, в ст. 19 (2) Основного закона ФРГ) и, соответственно, используется при аргументации решений органами конституционного контроля³⁰⁴. Однако это не отменяет на практике оценку *тяжести наносимого правам ущерба с помощью учета различных факторов*. Так, Конституционный суд Испании признал практическую ценность принципа сущности прав в решении, согласно которому иммигранты должны наделяться правами, равными правам граждан. Суд истолковал сущность основных прав в качестве ограничителя «демократической свободы» законодательной власти. При этом испанский орган конституционного контроля исходил не только из гарантии сохранения сущности права (в данном случае права на эффективную судебную защиту), но также из определения того, является ли различие между мигрантами и «коренными» испанцами конституционно приемлемым исходя из принципа достоинства личности³⁰⁵.

Концепция сущности конституционных прав в качестве предела их ограничения не является единственным аргументационным приемом

³⁰² См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2010 года № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 3, 2010.

³⁰³ См. подробнее: *Alexy R. Theory of constitutional rights*. Oxford University Press, 2010. P. 178-201.

³⁰⁴ Принцип закреплен, в частности, в конституциях Эстонии (ст. 17(2)), Венгрии (ст. I (3)), Польши (ст. 31 (3)), Португалии (ст. 18), Румынии (ст. 53 (2)), Словакии (ст. 13 (4)), Испании (ст. 53 (1)), Турции (ст. 13), Аргентины (ст. 28), Намибии (ст. 22 (а)), Швейцарии (ст. 36). Данный принцип прямо установлен также в ст. 52 (1) Хартии Европейского Союза об основных правах и активно применяется Судом ЕС. См.: *Brkan M. The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core* // *European Constitutional Law Review*, 14(2), 2018. P. 332-368; *Tridimas T., Gentile G. The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?* // *German Law Journal*, № 20, 2019. P. 794–816.

³⁰⁵ Judgment of the Spanish Constitutional Court No 236/2007, 7 November 2007. URL: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm> (дата обращения: 26.04.2022).

конституционного правосудия для оценки степени вмешательства в конституционные ценности. Более того, такие случаи, когда степень вмешательства достигает риска умаления самой сущности интереса, права, свободы встречаются редко. Чаще речь идет об оценке конституционной допустимости *степени вмешательства*, которое при этом не граничит с «аннулированием права», в сопоставлении с преследуемой целью и соответствующей ее полезностью³⁰⁶.

Такая оценка степени вмешательства в конституционные ценности осуществляется в том числе в юрисдикциях, где на уровне конституционного регулирования не закреплены пределы ограничения прав, свобод и интересов (по типу запрета вмешательства в ядро права). Например, Верховный суд Индии в решении по делу *Modern Dental College and Research Centre v. State of Madhya Pradesh* 2016 года³⁰⁷ о праве частных медицинских колледжей устанавливать собственные (в отличие от законодательных установлений штата) правила приема студентов и размер платы за обучение обозначил, что напряженность, заключающаяся, с одной стороны, в защите публичных интересов, с другой стороны, – частных прав и свобод, разрешается путем надлежащего балансирования конкурирующих принципов, что является одним из проявлений многогранной природы демократии. При этом отвечая на вопрос о критериях установления такого баланса Суд апеллировал к тесту на пропорциональность³⁰⁸, указав, в частности, что разумное ограничение прав означает, что такое ограничение не должно быть произвольным или носить чрезмерный характер сверх того, что требуется в интересах общества³⁰⁹.

³⁰⁶ Troitskaya A. The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the Russian Constitutional Court // Review of Central and East European Law. 2021. Volume 46. Issue 2. P. 203–233. P. 2011-212. См. также: Grimm Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence // University of Toronto Law Journal 57(2), 2007. P. 383-397. P. 396.

³⁰⁷ Modern Dental College & Res.Cen. & ... vs. State Of Madhya Pradesh & Ors on 2 May, 2016. URL: <https://indiankanoon.org/doc/93572510/> (дата обращения: 26.04.2022). См. подробнее также: Chandra Aparna. Proportionality in India: A Bridge to Nowhere? // University of Oxford Human Rights Hub Journal, Vol. 3(2), 2020. P. 55-86. P. 1-2, 66-67.

³⁰⁸ Верховный суд Индии сослался на понимание теста на пропорциональность, данное Верховным судом Канады в решении по делу R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103. См.: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do> (дата обращения: 22.04.2022).

³⁰⁹ При этом в данном деле Верховный суд Индии сделал «выбор» в пользу защиты публичных интересов, признав ограничение прав частных колледжей устанавливать свои правила приема пропорциональным ввиду

В уже упомянутом выше решении ФКС ФРГ по делу о Холокосте³¹⁰ Суд отметил, что «поддержание равновесия между предупреждением диффамации, с одной стороны, и ограничением свободы выражения – с другой, не свидетельствует об ошибке в конституционном праве. *В каждом конкретном случае решающим для такого равновесия оказывается тяжесть нанесенного ущерба правам*»³¹¹.

Так, в решении от 17 ноября 2020 года Конституционный суд Болгарии счел чрезмерной степень вмешательства в неприкосновенность частной жизни граждан нормативным регулированием, закреплявшим в условиях пандемии коронавирусной инфекции, возможность сбора и раскрытия данных трафика мобильных телефонов граждан правоохранительным органам с целью отслеживания их местоположения на предмет соблюдения изоляции, и признал такое регулирование противоречащим Конституции республики. Суд отметил, что право на неприкосновенность частной жизни не является привилегией только во время периодов, характеризующихся относительным спокойствием и постоянством, но также действует и во время кризиса, поскольку в любом случае вмешательство в право должно проходить проверку на необходимость и пропорциональность. Конституционный суд Болгарии указал, что общее и неизбирательное сохранение данных о трафике в отношении всех лиц сроком на полгода в ситуации, когда сбор и предоставление таких данных не ограничено строго конкретными медицинскими целями и кругом лиц, противоречит принципу пропорциональности ограничения прав. Несоразмерность ограничения права Суд также связал с тем, что в большинстве случаев период хранения с возможностью раскрытия данных о трафике, который был бы обусловлен медицинской целью, значительно короче и ограничен временем обязательной изоляции или лечения³¹².

риска злоупотреблений при проведении колледжами вступительных экзаменов самостоятельно. Суд пришел к данному выводу, не изучив при этом, например, могли ли быть приняты менее ограничительные меры несмотря на то, что обозначил полную структуру теста на пропорциональность при его описании.

³¹⁰ 90 BVerfGE 241 (1994). Решение на немецком языке доступно по ссылке: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090241.html> (дата обращения: 22.04.2022).

³¹¹ Курсив мой – А. У.

³¹² Мониторинг конституционных новостей: октябрь — ноябрь 2020 // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 6 (139). С. 1–13. С. 2-3. См. также: Решение № 15 Конституционного Суда Республики Болгария от 17 ноября 2002 года. Доступно на языке оригинала по ссылке:

Оценка наносимого конституционным ценностям ущерба как условие уровня мета-аргументации может предполагать применение различных приемов аргументации как критериев для определения конституционной допустимости степени вмешательства в конституционные ценности (это может быть учет возможностей иного регулирования – применения менее обременительных мер; опора на системное толкование (учет того, остаются ли в силе иные механизмы, гарантии реализации права), на принцип недопустимости при осуществлении своих прав нарушения прав других лиц,³¹³ недопустимости установления абсолютных, недифференцированных и (или) неограниченных по времени запретов (англ.: *blanket ban*)³¹⁴ и т. д.).

При оценке тяжести вмешательства в права, свободы, интересы особенно важен учет судом всех релевантных фактических и правовых обстоятельств дела³¹⁵ для качественной аргументации решений. В этой связи справедливо, например, отметил Конституционный суд ЮАР в решении по делу *S v. Manamela*, что «чем сильнее оказываемое влияние на право, свободу, тем более убедительным и недоступным для критики должно быть обоснование. В конечном счете, вопрос заключается в оценке степени принимаемой меры в конкретных законодательных и социальных условиях, уделяя при этом должное внимание средствам, реально имеющимся в нашей стране на данном этапе, но не упуская из виду высшие ценности, подлежащие защите». Суд также обозначил, что несмотря на прямое закрепление в ст. 36

<http://www.constcourt.bg/bg/Acts/GetHtmlContent/871b6834-64cd-47b3-9fbd-5a9fc570a96d> (дата обращения: 13.09.2022). Перевод автора.

³¹³ В Постановлении КС РФ от 26 октября 2017 г. № 25-П, например, ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, предусматривающая принцип недопустимости при осуществлении своих прав нарушения прав других лиц, рассматривается в качестве «основополагающего условия соблюдения баланса общественных и частных интересов». Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 октября 2017 г. № 25-П // Собрание законодательства Р Ф. 2017. № 45. Ст. 6735.

³¹⁴ См., например: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020. 1 BvQ 28/20, Rn. 1-16. URL: http://www.bverfg.de/e/qk20200410_1bvq002820.html (дата обращения: 27.04.2022).

³¹⁵ См.: *Möller Kai*. Proportionality: Challenging the Critics // *International Journal of Comparative Law* 10(3), 2012. P. 709-731. P. 715. См. также об установлении «законодательных фактов»: Supreme Court of Connecticut. *Moore v. Moore*. Decision released May 17 1977 // Connecticut Supreme Court Decisions. 1977. Vol. 173. P. 120. URL: <https://law.justia.com/cases/connecticut/supreme-court/1977/173-conn-120-2.html> (дата обращения: 04.12.2022). Цит. по: Конституционный Суд России: осмысление опыта: монография / Медушевский А. Н., Гриценко Е. В., Кененова И. П. и др.; под общ. Ред. А. Н. Медушевского. Москва: Центр конституционных исследований, 2022. С. 192.

Конституции ЮАР пяти факторов, подлежащих учету при оценке допустимости вмешательства в конституционные права, данный перечень факторов не является исчерпывающим. Закрепленные в конституции факторы являются ключевыми ориентирами, которые следует использовать в сочетании с любыми другими соответствующими факторами при общем определении того, является ли ограничение права оправданным³¹⁶.

В заключение стоит также отметить, что еще одним обстоятельством, которое необходимо учитывать при использовании паттерна баланса интересов и соразмерности ограничения прав является *сфера применения данного паттерна*. Паттерн подлежит применению в делах, связанных с конкуренцией конституционных ценностей: при столкновении частных интересов, прав между собой³¹⁷, при столкновении частных и публичных интересов³¹⁸. При этом, как ранее уже было обозначено, если речь идет полностью о публичной сфере и столкновении публичных элементов (например, спорах о компетенции органов государственной власти или о конкуренции национального и наднационального регулирования), то паттерн баланса и пропорциональности не является для них релевантным³¹⁹. В таких случаях работают другие принципы и механизмы аргументации и паттерны (в

³¹⁶ S v. Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening) (CCT25/99) [2000] ZACC 5; 2000 (3) SA 1; 2000 (5) BCLR 491 (14 April 2000). URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/5.html> (дата обращения: 27.04.2022). Перевод автора.

³¹⁷ Стоит обозначить, что между частными субъектами также могут складываться отношения «по вертикали» аналогично столкновению частных и публичных интересов в ситуациях, когда один из частных субъектов наделен публичными функциями или по иной причине находится в более сильной позиции. Например, речь может идти о правоотношениях банках и потребителя – физического лица.

³¹⁸ Конкуренция конституционных ценностей на практике, например, часто сопряжена с рисками превалирования публичных интересов над частными. Однако само по себе возможное статистическое преимущество в этом отношении не может считаться признаком некачественной аргументации или ошибок в конституционном правосудии. Оно, представляется, обуславливается, во-первых, тем обстоятельством, что во многих юрисдикциях на конституционном уровне (в тексте основного закона либо в прецедентах) закреплена возможность ограничения прав и свобод в определенных целях преследования публичного блага (охраны национальной безопасности, нравственности и здоровья граждан и т. д.), во-вторых, соответствующей структурой паттерна, требующей оценки конституционной легитимности цели вмешательства и степени такого вмешательства в контексте их сопоставления.

³¹⁹ См., например, решение ФКС ФРГ 1990 года, в котором Суд указал на неприменимость принципа соразмерности (используемого в контексте оценки вмешательства в индивидуальные права и свободы) к спорам между федерацией и землями о разграничении компетенции: BVerfG, Urteil vom 22.05.1990 - 2 BvG 1/88. URL: <https://openjur.de/u/210392.html> (дата обращения: 27.04.2022).

частности, различные методы толкования, паттерн конституционной идентичности).

Представляется, что в спорах о компетенции паттерн баланса и соразмерности не актуален, поскольку компетенция органов государственной власти определяется законом и правовым статусом органа в рамках действия принципа разделения властей. Разрешение таких споров определяется прежде всего прямыми нормативными установлениями и их толкованием органом конституционного контроля исходя из конституции. Кроме того, аргументационные возможности «вмешательства» органа конституционного правосудия в оценку вопросов конкуренции в сфере компетенции и полномочий государственных органов должны быть в большей степени ограничены по сравнению с возможностями оценки органом конституционного контроля ограничения индивидуальных прав и свобод ввиду принадлежности органа конституционного контроля к органам государства в рамках собственного статуса.

Стоит отметить, что КС РФ, например, исходит из универсального понимания принципа соразмерности, указывая, что «широким смыслом принципа соразмерности также охватываются отношения в рамках публичной власти» и что, в частности «он распространяется на разграничение предметов ведения и полномочий между различными уровнями и органами публичной власти». КС РФ использовал принцип соразмерности как критерий оценки конституционности федерального вмешательства в полномочия региональных властей³²⁰. Однако, в таком случае речь идет о реализации принципа разделения властей (для которого по природе характерна составляющая соразмерности, пронизывающая в составе принципа справедливости право в целом) в федеративном государстве согласно закону, а не об опоре на

³²⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 июня 2006 г. № 8-П // Российская газета, № 152, 14.07.2006. См.: Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации). Одобрено решением Конституционного Суда Российской Федерации от 19 октября 2021 года. URL: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf> (дата обращения: 10.05.2022). С. 82-83.

соразмерность (пропорциональность) как соответствующий паттерн мета-аргументации.

Так, в соответствующем деле КС РФ признал непротиворечащим Конституции РФ порядок безвозмездной передачи в федеральную собственность имущества, находящегося в собственности субъектов Российской Федерации, в связи с разграничением полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, притом, что *порядок такого разграничения предполагает необходимость волеизъявления субъектов Российской Федерации на такую передачу, достижение договоренностей между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов.* Таким образом, Суд учел при формулировании вывода о конституционности (и «соразмерности») федерального вмешательства в полномочия властей субъектов РФ нормативно установленный порядок разграничения соответствующей компетенции, что послужило ключевым доводом аргументации.

Принцип соразмерности, действительно, в целом заложен в нормативное регулирование и пронизывает право в разных сферах его применения. Логично, что нормативное регулирование, учитывающее данный принцип, само по себе может являться аргументом при разрешении споров в истолковании органа конституционного правосудия.

Если предметом спора является столкновение публичных интересов, то именно толкование нормативного регулирования исходя в том числе из принципа соразмерности выступает на первый план – в спорах о компетенции, и паттерн конституционной идентичности – если конкурируют национальные и наднациональные интересы, о чем пойдет речь в следующем параграфе. При столкновении публичных элементов в формате существующего конституционного регулирования и предлагаемых его изменений (конституционных поправок) в рамках предварительного конституционного контроля – суд (иной орган конституционного контроля) может как исходить из

паттерна конституционной идентичности, так и прибегать к конституционному толкованию, в частности системному в целях осуществления конституционной проверки.

«Главное предназначение соразмерности находится в области конституционных прав, где этот принцип служит основанием судебного контроля законодательства и иных нормативных решений» – утверждает А. В. Должиков. Указанный автор справедливо отмечает, что действие соразмерности в области государственного права должно быть ограничено и в данной области следует применять концепцию сдержек и противовесов, но не метод судейского взвешивания³²¹. При этом стоит указать, что отнесение концепции сдержек и противовесов к паттернам мета-аргументации не представляется обоснованным ввиду недостаточной алгоритмичности такой концепции, а также отнесения данного принципа в качестве «общего места» непосредственно к сфере государственного строительства, которая не может определяться органом конституционного контроля в рамках аргументации решений на основе какого-либо паттерна с учетом его критериев, а должна с максимальной степенью строгости регулироваться конституционными положениями как установлениями учредительной власти.

Так, в двух, рассмотренных КС РФ спорах о компетенции, Суд исходил из системного толкования конституционных норм. Решая вопрос об обязанности Президента Российской Федерации в соответствии со статьей 107 (часть 3) Конституции Российской Федерации подписать и обнародовать отклоненный им ранее федеральный закон после повторного его одобрения Государственной Думой и Советом Федерации КС РФ указал, что *установленные Конституцией РФ требования к принятию федерального закона и предусмотренные ею условия и процедуры носят безусловный характер и не могут меняться по усмотрению участников законодательного*

³²¹ Должиков А. В. Соразмерность как общеправовой принцип в конституционном правосудии России (на примере основных социальных прав). Дисс. на соискание ученой степени д. ю. н. Санкт-Петербург, 2022. С. 19. На момент обращения к диссертации дата и время проведения ее защиты: 08.06.2022; текст опубликован по ссылке: <https://dissert.spbu.ru/zashchita-uchenoj-stepeni-spbgu/631-dolzhiikov-aleksej-vyacheslavovich.html> (дата обращения: 18.05.2022).

*процесса*³²², поэтому Президент РФ обязан подписать и обнародовать соответствующий федеральный закон, но при этом вправе после его подписания и обнародования обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке его конституционности, в том числе по порядку принятия³²³. В другом споре о компетенции между Советом Федерации и Президентом РФ относительно принадлежности полномочия по изданию акта о временном отстранении Генерального прокурора РФ от должности в связи с возбуждением в отношении него уголовного дела КС РФ указал, что при принятии акта об отстранении Генерального прокурора РФ от должности в связи с возбуждением в отношении него уголовного дела какая-либо оценка этого основания отстранения исключается, а потому Совет Федерации как коллегиальный представительный орган не может решать такого рода вопросы. Кроме того, Суд отметил среди прочего, что возможность наделения представительного органа подобными полномочиями могла бы обсуждаться только в связи с вопросом о лишении должностного лица статуса неприкосновенности, установленного Конституцией РФ, а Генеральный прокурор РФ таким статусом не обладает. В итоге КС РФ пришел к выводу, что конституционно-правовой статус Совета Федерации и его компетенция, закрепленная в Конституции РФ, а также конституционные принципы организации прокуратуры и уголовного судопроизводства исключают наличие у Совета Федерации полномочия по временному отстранению Генерального прокурора РФ от должности в связи с возбуждением в отношении него уголовного дела³²⁴.

Идея баланса власти не чужда, безусловно, спорам о компетенции. При этом она не может реализовываться по четко последовательной схеме оценки предмета конкуренции, целеполагания компетенции *per se* и действий тех или иных государственных органов, субъектов федерации и т. д., тяжести

³²² Курсив мой – А.У.

³²³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 111-П от 06 апреля 1998 года // Российская газета, № 77, 21.04.1998.

³²⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 01 декабря 1999 года № 17-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 6, 1999.

«ущерба», вмешательства в компетенцию, так как во многом предопределяется статусом носителей компетенции и формальным, нормативным подходом – буквальным и системным прочтением закона³²⁵.

В спорах о компетенции *естественным образом сужается аргументационное поле органа конституционного правосудия*: во-первых, соответствующие нормативные предписания, как правило, сформулированы четче, чем положения о правах и свободах и охране общественных интересов, во-вторых, компетенция предопределяется принципом разделения властей и поставлена в прямую зависимость от предписаний учредительной власти, в том числе реализованных через конституцию, в-третьих, и вследствие указанных двух факторов, суд в спорах о компетенции прибегает к системному и иным методам толкования, реализуя свою функцию конституционного контроля, при этом не «взвешивая» конкурирующие интересы как изначально однопорядковые или условно равным образом охраняемые (как, например, в случае с охраной частных и публичных интересов), поскольку компетенция и статус публичных субъектов *a priori* отличаются.

Резюмируя изложенное в настоящем параграфе, такой паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии как баланс конституционно-правовых интересов и конституционно-правовая соразмерность ограничения прав и свобод подлежит применению в спорах, связанных с конкуренцией конституционных ценностей при столкновении частных интересов и частных и публичных интересов, и предполагает соблюдение *ad minimum* трех условий: 1) четкое *определение предмета конкуренции (конкурирующих конституционных ценностей) и объема их конституционной охраны на основе соответствующих конституционных диспозиций (норм, охраняющих такие ценности)*; 2) *наличие конституционно-легитимной цели вмешательства, то есть такой, которая должна следовать из конституции*

³²⁵ Klatt M. (2015). Balancing competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts // Global Constitutionalism, 4(2), 195-226.

и быть фактически обоснованной (достижение которой необходимо) и 3) учет тяжести наносимого конституционному интересу, праву, свободе ущерба (оценка степени вмешательства).

В параграфе продемонстрировано, что органы конституционного правосудия различных моделей опираются при аргументации в спорах, касающихся столкновения частных, а также частных и публичных интересов на паттерн баланса интересов и соразмерности ограничения прав и свобод. Возможны различные варианты, форматы использования паттерна. При этом единой для них является идея алгоритмического «взвешивания» конституционно-правовых интересов. Таким образом, в настоящем исследовании идея баланса конституционно-правовых интересов и соразмерности ограничения прав впервые представляется и обосновывается в качестве паттерна мета-аргументации в конституционном правосудии.

Опора на обозначенный паттерн при соблюдении условий его использования и должном уровне судейской осознанности (чему в свою очередь способствует научная проработка вопросов аргументации) позволяет минимизировать риск произвольной оценки в делах о конкуренции конституционной ценностей.

§ 2.2. Доктрина конституционной идентичности как паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии

Несмотря на дискуссии о глобальном конституционализме³²⁶ конституция в современных условиях остается учредительным актом национальных правопорядков и отражает соответственно в определенной степени их специфику. Это не означает, что должны отрицаться

³²⁶ См., например: *Медушевский А. Н.* Глобальный конституционализм - теория мирового правового порядка или новая политическая идеология? // *Historia Provinciæ - Журнал региональной истории.* 2020. Т. 4. № 3. С. 974-1019.

транснациональные правовые установки и гарантии – выход конституционализма как идеи о самоограничении власти³²⁷ за пределы локальных правопорядков на мировой уровень оправдан во многих аспектах и представляется перспективным³²⁸. Между тем, в обсуждаемой сфере конституционного правосудия и разрешения соответствующих споров речь идет о конституции как *национальном основном законе*. В то же время специфика конституционных текстов и конституционного правосудия, как было ранее обозначено, позволяет говорить о некоторых их общих (не зависящих от модели конституционного контроля, правовой семьи) чертах в отличие от иных правовых актов и видов правосудия. Среди прочего в контексте аргументации решений органов конституционного правосудия общим для разных юрисдикций выступает такой паттерн мета-аргументации как *конституционная идентичность*. При этом содержательно она отличается от государства к государству.

Паттерн конституционной идентичности актуализируется в контексте *конкуренции национального и международного права*, что объясняется среди прочего столкновением принципов суверенитета государства и соблюдения международных обязательств. В рамках европейского правового пространства прежде всего речь идет о конкуренции национальных правопорядков с регулированием Европейского союза (далее также – ЕС). В российской конституционной судебной практике доктрина конституционной идентичности впервые использовалась в разрезе проблем исполнения решений ЕСПЧ³²⁹.

КС РФ первый раз использовал ссылку на понятие *конституционной идентичности* в Постановлении от 14 июля 2015 года № 21-П, за которым последовали изменения в законодательстве, закрепляющие полномочие КС

³²⁷ См.: Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). Перевод с венгерского / Шайо А. М.: Юристъ, 2001.

³²⁸ Казак Е. С. Глобальный конституционализм: проблемы и перспективы // Современный конституционализм: теория, доктрина и практика, 2013. С. 130-145.

³²⁹ Блохин П. Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6 (127). С. 62–81. С. 62-67.

РФ на разрешение вопроса о возможности исполнения решений межгосударственных органов по защите прав человека в Российской Федерации с точки зрения их соответствия Конституции РФ. Суд указал, что «взаимодействие европейского и конституционного правопорядка невозможно в условиях субординации, поскольку только диалог между различными правовыми системами является основой их надлежащего равновесия. Именно такого подхода призван придерживаться в своей деятельности Европейский Суд по правам человека как межгосударственный субсидиарный судебный орган, и именно от уважения им *национальной конституционной идентичности государств* – участников Конвенции о защите прав человека и основных свобод во многом зависит эффективность ее норм во внутригосударственном правопорядке. Особое внимание наднациональных органов к *базовым элементам этой конституционной идентичности*, которые образуют *внутригосударственные нормы о фундаментальных правах*, а также *гарантирующие эти права нормы об основах конституционного строя*³³⁰, позволит снизить вероятность конфликта между национальным и наднациональным правом, что, в свою очередь, во многом будет определять – при сохранении конституционного суверенитета государств – эффективность всей европейской системы защиты прав и свобод человека и гражданина и дальнейшую гармонизацию европейского правового пространства в этой области»³³¹.

Стоит отметить, что КС РФ упомянул также о «диалоге» национальных правовых систем с наднациональными и их «равновесии». В этом прослеживается влияние общеправового принципа соразмерности. Однако в таких случаях не приходится говорить о паттерне баланса интересов и пропорциональности ограничения прав и свобод по тем же в целом причинам, что ранее были изложены относительно споров о компетенции. Практика

³³⁰ Курсив мой – А.У.

³³¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 года № 21-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 30. Ст. 4658.

конституционного правосудия пошла по иному пути – элемент оценки соразмерности, сопоставления тех или иных объектов (интересов, ущерба и пр.) в целом характерен для правосудия, но ключевой идеей, которая способствует построению аргументационной линии при столкновении национальных и наднациональных интересов является идея конституционной идентичности, в том числе опирающаяся на защиту суверенитета и постулат о специальной компетенции наднациональных формирований.

КС РФ не раскрыл определения конституционной идентичности применительно к Российской Федерации, но абстрактно обозначил ее базовые элементы – внутригосударственные нормы о фундаментальных правах и нормы об основах конституционного строя, гарантирующие указанные права. Однако вычленение таких элементов доктрины, представляется, требует обоснования.

С одной стороны, что, если не основы конституционного строя государства, включая формы правления, государственного устройства, и фундаментальные права, охраняемые в государстве, должны являться базой конституционной идентичности? С другой стороны – в рамках рассматриваемой доктрины упор по смыслу термина³³² должен делаться на *уникальность* правопорядка (*идентичность понимается в контексте самобытности, а не тождественности с чем-либо другим*) в его конституционно-правовом выражении, в то время как государств с республиканской формой правления, например, в мире много. При этом также с учетом обозначенной сферы применения паттерна конституционной идентичности в каждом деле при опоре на данный паттерн *необходимо обоснование того, в чем заключается противоречие уникальной национальной конституционной характеристики государства с международными обязательствами* (по аналогии с обозначением предмета конкуренции конституционных ценностей при использовании паттерна

³³² Подробнее о понимании термина «идентичность» см.: *Блохин П.* Указ. соч. С. 62-67.

баланса конституционных интересов и пропорциональности ограничения прав в данном случае требуется *определение предмета конкуренции конституционного национального регулирования и наднационального регулирования*). Необходимо точное обозначение того, в чем заключается посягательство на конституционную идентичность; в чем заключается непримиримое противоречие национального и наднационального регулирования, которое требует использования паттерна конституционной идентичности.

Кроме того, из формулировки КС РФ следует, что к базовым элементам конституционной идентичности относятся соответствующие нормы. Между тем отнесение норм (даже конституционных) как актов позитивного права к элементам конституционной идентичности представляется дискуссионным, поскольку *идентичность конституционного правопорядка должна находить свое воплощение в конституционных нормах, но определяться она большим – традициями и обычаями, уровнем правосознания и другими правовыми и социокультурными факторами на этапе конституционной разработки и в процессе развития конституционного регулирования, в том числе через практику конституционного правосудия*. Конституционная идентичность формируется через национальную и политическую идентичность, через право и традицию, культуру и историю, в ней отражаются география с территорией, ментальные и лингвистические особенности народа и тех, кто властвует над ним³³³. Соответственно, представляется, что базовыми элементами конституционной идентичности выступают определенные характеристики государства и его правопорядка, но не нормы *per se*.

Концепция конституционной идентичности в юридической науке не оформлена в системное, одновариантное понимание³³⁴. Исследователи в отечественной литературе определяют конституционную идентичность и как

³³³ *Кравец И. А.* Господство права как универсальная ценность и многообразие конституционной идентичности // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2020. Т. 11. Вып. 4. С. 813–851. С. 817.

³³⁴ Хотя истоки становления концепции обнаруживаются как минимум с XVIII в. См. подробнее: *Токарев В.* Эволюция представлений о «хранителе конституционной идентичности» в юридической науке (XVIII–XX вв.) // Российское право онлайн № 1. 2020. С. 20-26.

совокупность конституционных положений, позволяющих определить конституционный порядок каждого отдельного государства со всеми его внутренними правовыми характеристиками, и как набор толковательных аргументов, используемых в конституционной судебной практике³³⁵. Некоторые авторы полагают, что в принятом относительно рассматриваемой концепции дискурсе уместнее использовать термин конституционной самобытности, формой закрепления некоторых положений которой выступает конституция, и которая (конституционная самобытность) при этом отражает не только формально определенные правила-поведения («конституционное ядро»), но и правовую деятельность конституционного суда, создающую динамику конституционно-правовых норм без изменения их формы, тем самым обеспечивая постоянное конституционно-правовое развитие государства, а также включает национальный интерес, который может быть переменным в зависимости от этапа исторического развития государства и его устремлений, и правовое сознание³³⁶. Другие – определяют конституционную идентичность с долей условности в качестве «генотипа государства» – совокупности его «конституционных генов» и характера связи между ними, определяющих все проявления государства вовне – форму государства, каталог прав и свобод человека и гражданина, способы разрешения конфликтных проявлений³³⁷.

В зарубежной литературе также представлено многообразие подходов к пониманию конституционной идентичности. Так, венгерский правовед, судья ЕСПЧ в отставке А. Шайо утверждает, что концепция конституционной идентичности представляет собой инструмент обороны, используемый государствами в целях защиты собственного суверенитета³³⁸ (то есть автор

³³⁵ *Kucherenko P., Klochko E.* The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument in Constitutional Judicial Practice // *Russian Law Journal*. 2019. № 7 (4). P. 99–124. P. 99, 123. Цит. по: *Кравец И. А.* Указ. соч. С. 818.

³³⁶ *Аничкин Е. С., Ряховская Т. И.* «Конституционная идентичность»: к вопросу о конкретизации термина // *Вестник Томского государственного университета. Право*. 2019. № 446. С. 196-201. С. 198-199.

³³⁷ *Третьяк И. А.* Разрешение конституционных конфликтов как проявление конституционной идентичности государства // *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2021. № 5 (142). С. 63-75. С. 66.

³³⁸ *Sajo A.* National Identity and the European Court of Human Rights: Margin of Appreciation or Populism á la carte? // *ICON's Conference materials. Courts, Power, Public Law. Copenhagen 5-7 July 2017*. URL: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Ficon-society.org%2Fwp->

отталкивается от назначения, по его мнению, концепции при ее определении). Американский профессор М. Розенфельд понимает конституционную идентичность как своеобразие, уникальность внутренних и внешних факторов, определяющих необходимость конституционных изменений, а также социально-экономические, социально-политические, духовно-культурные особенности каждого государства³³⁹ (то есть автор исходит из определения содержания концепции). Г. Дж. Якобсон, выходя за рамки позитивистского понимания, рассматривает данную концепцию как смесь политических устремлений и обязательств, которые выражают прошлое нации, а также решимость тех внутри общества, кто стремится каким-то образом выйти за пределы прошлого³⁴⁰. Видно, что авторы исходят даже из разных критериев, закладываемых в основу определения понятия конституционной идентичности.

Терминологическое разнообразие в данном случае объясняется сравнительно недавней разработкой понятия и самой природой концепции – определение идентичности на уровне конституционного правопорядка складывается на основе множества факторов разной направленности: культурных, экономических, политических, прагматических и т. д. В силу емкости и соответствующей гибкости концепции ее использование в практике конституционного правосудия требует дальнейшего исследования и выработки прежде всего понимания границ, критериев применения, поскольку в противном случае концепция конституционной идентичности может превращаться в руках судьи не в паттерн мета-аргументации, а в инструмент прежде всего политико-правового манипулирования, с помощью которого можно «оправдать» любое решение.

content%2Fuploads%2F2017%2F07%2F170630-ICON-S-Conference-2017-Programme-1.pdf&clen=6169471&chunk=true (дата обращения: 17.02.2022).

³³⁹ *Rosenfeld M.* The Problem of “Identity” in Constitution-Making and Constitutional Reform // Working Paper. 2005, no. 143, p. 24. См. также: *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives.* Edited by Rosenfeld M. Duke University Press. 1994.

³⁴⁰ *Jacobsohn G. J.* Constitutional Identity. Harvard University Press. 2010. P. 7, 13-14, 132.

Разрешение обозначенного риска манипулятивного использования, представляется, заключается в рамках аргументации решений органов конституционного правосудия в «превращении» конституционной идентичности в паттерн мета-аргументации, подчиняющийся определенным правилам использования.

Как ранее было обозначено в работе, под специальными паттернами мета-аргументации конституционного правосудия понимаются на повторяющейся основе используемые органами конституционного правосудия однотипные элементы аргументации – средства, установки для обоснования принимаемого решения.

Такое определение предполагает рассмотрение конституционной идентичности с позиций ее *практического функционального использования* – она должна не постулироваться (ее наличие, черты), а служить исходным основанием аргументации решения. При этом в отношении данного паттерна существует проблема его содержательной глубины. Определение содержания остается фактически на усмотрение государства³⁴¹, поскольку речь идет о национальной конституционно-правовой специфике³⁴².

Обозначенное, кажется, в еще большей степени усиливает проблему манипулятивности рассматриваемой категории. Так, справедливо отмечают Троицкая А. А. и Храмова Т. М., что, если суды используют категорию конституционной идентичности при разрешении конкретных конфликтов, при этом самостоятельно определяя, в чем выражается эта идентичность, в тот

³⁴¹ См., например: См.: Opinion of Advocate General P. Cruz Villalón delivered on 14 January 2015. Case C-62/14 Peter Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag. П. 59.

³⁴² В рамках психологии, например, понятие «идентичности» предполагает способность индивида относить или не относить к себе определенные значения (см.: Электронная библиотека ИФ РАН. Новая философская энциклопедия. URL: <https://iphlib.ru/library/collection/newphilenc/document/HASH0139aee26d501a6d86199339> (дата обращения: 05.05.2022)). В этой связи необходимо обозначить, что применительно к коллективным субъектам (государство) категория идентичности может быть использована только условно. Между тем, при междисциплинарном подходе в любом случае нельзя «переносить» терминологию из одной области познания в другую без какой-либо адаптации и оговорок. Конституционная идентичность в рамках конституционно-правового дискурса прежде всего относится к конституционным государствам. В некоторых случаях ведется речь об идентичности конституции, что автору настоящего исследования представляется некорректным, поскольку для целей конституционного права использование категории идентичности также должно исходить из свойства субъектности носителя. При этом в данном случае уместно будет говорить о правосубъектности, который наделено государство.

самый момент, когда решают конфликт, то это ставит вопрос о том, действительно ли возникающие проблемы решаются обращением к конституционной идентичности или конституционная идентичность как таковая (равно как и аргумент о ней) «подгоняется» под определенное (и диктуемое иными соображениями) решение этих проблем³⁴³.

Трудно не согласиться с тем, что недопустимо с точки зрения качественной аргументации обосновывать решение ссылкой на *определенные уникальные характеристики национального конституционного правопорядка, следующие из конституции (конституционную идентичность*³⁴⁴), *ad hoc* решая вопрос о содержательном наполнении таких характеристик, которые, предполагается, должны отвечать *требованию стабильности* исходя из понимания концепции конституционной идентичности как вбирающей в себя в том числе «устойчивую и непротиворечивую систему фундаментальных правовых принципов, основанных на признанных этим обществом ценностях»³⁴⁵.

Вопрос качественной аргументации и в том числе корректного использования паттерна конституционной идентичности находится в плоскости «должного» и требует теоретической проработки, не исключая при этом документальное закрепление элементов, правил опоры на конституционную идентичность в конституции, иных нормативных правовых актах, рекомендательных документах.

³⁴³ Троицкая А., Храмова Т. Основы основ: экспрессивный и функциональный потенциал конституционных устремлений // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1 (122). С. 54–79. С. 55.

³⁴⁴ В целях настоящего исследования представляется достаточным обозначенное понимание конституционной идентичности как содержательной категории.

Отдельно важно заметить, что такие категории как, например, конституционные принципы, конституционная культура, конституционные ценности в виде следующих из конституции определенных конституционных характеристик государства, определяющих его уникальность в ситуации конкуренции с наднациональным регулированием, могут входить в понимание конституционной идентичности. При этом в качестве паттерна такие категории не выступают (ввиду возможной узости восприятия принципов как только прямо закрепленных в тексте конституции, или недостаточной смысловой «наглядности» назначения – категории ценностей или культуры не актуализируют в такой же как идентичность степени вопрос соотношения национального и наднационального регулирования; кроме того, понятие конституционной идентичности уже нашло свое упрочнение в дискурсе конституционного правосудия, и для отказа от его использования автор не видит причин).

³⁴⁵ Хабриева Т. Я. Конституционная реформа в России: в поисках национальной идентичности // Вестник Российской Академии Наук. 2020. Т. 90, № 5. С. 403–414. С. 405.

Таким образом, проблема манипулятивного применения данного паттерна должна разрешаться через систематизацию самого понятия в конституционно-правовой науке и аргументации, в частности, и через практикоориентированные критерии использования паттерна.

С точки зрения теории аргументации конституционная идентичность может быть определена как совокупность интерпретационных аргументов, используемых органами конституционного контроля при обосновании решений в рамках, в которых деяние проверяется с точки зрения его соответствия *национальной специфике конституционных норм*³⁴⁶. Ключевым общим элементом понятия конституционной идентичности среди разнообразия определений выступает в контексте аргументации именно фактор национальной конституционно-правовой специфики государства. Содержательно понятие отличается и должно отличаться от государства к государству, при этом общими будут оставаться правила определения такой специфики, о чем будет сказано далее. Кроме того, как паттерн мета-аргументации конституционная идентичность выступает общим фреймингом при обосновании решения, не исключая, а, наоборот, предполагая использование в рамках общего посыла конкретных аргументов. Так, для оценки относимости той или иной характеристики к одной из формирующих конституционную идентичность государства могут использоваться данные социологических опросов, статистические данные (о количестве приверженцев той или иной веры, например, и т. д.), наличие или отсутствие либо масштаб протестных настроений по тем или иным вопросам, исторические данные.

Как было ранее показано на примере Постановления КС РФ от 14 июля 2015 года № 21-П, российский Конституционный Суд видел в концепции конституционной идентичности ключ к примирению национального и наднационального регулирования. В дальнейшей практике КС РФ

³⁴⁶ *Kucherenko P., Klochko E. The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument In Constitutional Judicial Practice // Russian Law Journal, 2019. No. 7 (4). P. 99-124. P. 122-123. Курсив мой – А.У.*

использовал данную доктрину именно в ситуациях такой конкуренции, однако «примирения» не произошло – в основном доктрина использовалась для *защиты суверенных интересов*. При решении вопроса о возможности исполнения постановлений ЕСПЧ по делам «Анчугов и Гладков против России» в 2016 году (где КС РФ усмотрел противоречие между позицией ЕСПЧ и нормой статьи 32 Конституции РФ об ограничении избирательных прав граждан, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда)³⁴⁷ и ОАО «Нефтяная компания “ЮКОС”» в 2017 году (где Суд обнаружил расхождение в позициях ЕСПЧ и КС РФ относительно ретроактивного применения в отношении компании-заявительницы штрафных санкций и исполнительского сбора по этим санкциям)³⁴⁸ КС РФ сослался на конституционную идентичность для развития аргументации о невмешательстве в суверенитет государства и недопустимости противоречия позиций ЕСПЧ основам конституционного строя Российской Федерации и установленному Конституцией РФ правовому регулированию прав и свобод человека и гражданина. Кстати, при этом в решении по делу «Анчугова и Гладкова», например, КС РФ опирался на исторические данные в отношении процесса разработки Конституции РФ.

«Не может быть одинаковых конституционных идентичностей в разных государствах», – как утверждает В. Д. Зорькин³⁴⁹. Справедливым представляется, что как каждый индивид – на уникальность и достоинство, каждое государство обоснованно может претендовать на конституционную идентичность и вправе ее защищать, обозначать, выстраивать. При этом важно отметить, что такое формирование государством своей идентичности и соответствующее право на ее защиту условно в отношении носителя – государства, являющегося юридической фикцией, используемой в целях

³⁴⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2016 № 12-П // Собрание законодательства РФ, 25.04.2016, № 17, ст. 2480.

³⁴⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.01.2017 № 1-П // Собрание законодательства РФ, 30.01.2017, № 5, ст. 866.

³⁴⁹ Зорькин В. Д. Конституционная идентичность России: доктрина и практика: Доклад на международной конференции в Конституционном Суде Российской Федерации (Санкт-Петербург, 16 мая 2017 года) // Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства. 2017. N 12. С. 7 - 30. С. 27.

общественной организации. Как носителем суверенитета во многих государствах мира признается народ, так и «учредительной», первоначальной властью по формированию конституционной идентичности является народ соответствующего государства. Однако с учетом того, что по мере развития и функционирования общества органы государства и государство в целом обретают собственные правомочия как коллективные представители народа внутри государства и за его пределами, носителем конституционной идентичности может в рамках ее рассмотрения в качестве паттерна мета-аргументации в конституционном правосудии (в том числе с учетом сферы применения) признаваться государство.

Между тем право государства на защиту конституционной идентичности, как и любое право, не означает вседозволенности. Исследователями в рамках анализа практики конституционного правосудия высказывается мнение о том, что некоторые решения, в частности принимаемые в угоду националистическим политическим интересам, дискредитируют паттерн конституционной идентичности³⁵⁰. Так, подобного рода критика коснулась и вышеупомянутых решений КС РФ.

Действительно, емкость концепции влечет риски злоупотреблений и проявлений волюнтаризма. Однако это не означает необходимости отказа от применения паттерна – при рациональном, релевантном использовании паттерн конституционной идентичности может служить в том числе правомерной *per se* цели защиты суверенитета, в некоторых случаях, как следствие – обеспечению более высокого уровня защиты прав и свобод граждан, укреплению позиции государства и его идентификации на международной арене. Представляется, что конституционная идентичность должна использоваться в конституционном правосудии именно в качестве паттерна мета-уровня, ориентирующего орган конституционного контроля на

³⁵⁰ *Halmi Gábor*. National(ist) constitutional identity? : Hungary's road to abuse constitutional pluralism // EUI LAW. 2017/08. URL: <http://hdl.handle.net/1814/46226> (дата обращения: 30.03.2022). См., например: Constitutional Court of Hungary. Decision 22/2016 (XII. 5.) AB (по вопросу размещения беженцев).

обоснованный учет национальной конституционно-правовой специфики, а не единичного аргумента, в том числе из-за емкости понятия. При этом использование органами конституционного правосудия данного паттерна мета-аргументации, как уже было обозначено, должно быть обусловлено соблюдением определенных правил, критериев.

Первым из таких критериев является *правило о сфере применения* паттерна конституционной идентичности.

Генезис категории конституционной идентичности многими отечественными и европейскими исследователями связывается с *судебной практикой* государств-членов ЕС по вопросам европейской интеграции. Так, часто в качестве «истоков» концепции рассматриваются решения органов конституционного контроля Германии, Франции, Италии, принятые в связи с рассмотрением соотношения конституционного и европейского права, а также решения Суда ЕС³⁵¹. Например, в решении относительно участия Германии в Маастрихтском договоре от 12 октября 1993 года ФКС ФРГ определил две ключевые границы в отношении преимущества права ЕС над германским правом, заключающиеся, во-первых, в том, что непреодолимый барьер для вхождения каких-либо правовых норм в правовое пространство Германии составляют охраняемые абзацем 3 статьи 79 Основного закона конституционные характеристики, включая федерализм, принципы демократии и достоинства человека (которые не могут быть изменены поправками в Основной закон и международным договором) и, во-вторых, в «интеграционной программе», содержащейся в законодательных актах о

³⁵¹ Белослудцев О. Теоретико-правовая природа концепции конституционной идентичности // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 3 (142). С. 39–62. Пар. 3. См. также: Грачева С. А. Развитие концепта конституционной идентичности в связи с поиском подходов к разрешению конвенционно-конституционных коллизий и конфликтов // Журнал российского права. 2018. № 9. С. 52 – 64. С. 54; Васильева Т. А. Принцип уважения национальной идентичности государств - членов ЕС: проблемы интерпретации // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 6. С. 9-12. С. 9; Amaiqueta J. A. F. National Constitutional Identity in the European Union and the Principle of Primacy: LL.M. Final Thesis in Natural Resources and International Environmental Law. 2015. URL: <https://www.semanticscholar.org/paper/National-Constitutional-Identity-in-the-European-of-Amaiqueta/38dde23b2db878cb642314c3eefc8e03a737fa3d> (дата обращения: 05.05.2022); Блохин П. Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6 (127). С. 62–81.

ратификации европейских договоров и предполагающей предоставлении ЕС определенной компетенции и полномочий³⁵².

При этом паттерн конституционной идентичности не сводится к применению исключительно в рамках ЕС. В этой связи в литературе справедливо отмечается возможный иной подход к генезису концепции конституционной идентичности – с позицией его разработки не в судебной практике, а учеными, в доктрине, что особенно актуально в отношении США³⁵³, где, например, Дж. Якобсоном постулируется тезис об истоках конституционной идентичности не только, и не столько в конституционных текстах, судебной практике, а в конституционном опыте в целом³⁵⁴.

Так или иначе, доктрина конституционной идентичности своим развитием обязана процессам глобализации³⁵⁵, что обуславливает соответствующим образом ее восприятие в качестве паттерна мета-аргументации в конституционном правосудии.

Конституционная идентичность ввиду своего сильного потенциала к содержательному наполнению не может служить паттерном мета-аргументации в делах, спорах любой направленности. Так, если конфликт заключается исключительно в конкуренции частных конституционных прав и интересов, то паттерн конституционной идентичности не может быть релевантным для разрешения спора. Данный паттерн «работает» в случаях столкновения публичных элементов: на внутригосударственном уровне в рамках столкновения «прошлого» и «будущего» публичного порядка (при проверке конституционных изменений, например, – ярким примером служит решение Верховного суда Индии еще 1973 года по делу *Kesavananda Bharati*, в котором суд обосновал собственные полномочия по проверке

³⁵² BVerfGE 89, 155. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html> (дата обращения: 05.05.2022). См. также: Харtwig М. От диалога к диспуту? Конституционное право vs. Европейской Конвенции по правам человека – на примере Российской Федерации. В: Дайджест публичного права. Выпуск 6, номер 2, 2017. С. 129-201. С.147-148.

³⁵³ Белослудцев О. Указ соч. Пар. 3.

³⁵⁴ Jacobsohn G. J. Constitutional Identity // The Review of Politics. Vol. 68. 2006. No. 3. P. 361 – 397. P. 365 - 366.

³⁵⁵ Попова Ю. Конституционная идентичность государства в условиях интернационализации конституционного права // Азиатско-Тихоокеанский регион: экономика, политика, право. 2018. № 4. С. 28–38. С. 34.

конституционных поправок на предмет их соответствия «основной структуре» конституции, поскольку парламент не вправе упразднить основные права или изменять основные черты конституции настолько, чтобы разрушалась ее идентичность³⁵⁶) и на уровне международного взаимодействия в рамках столкновения национального и наднационального (международного) регулирования и юрисдикций³⁵⁷.

В наиболее обширной в этой сфере европейской практике конституционного правосудия, например, паттерн конституционной идентичности используется для проверки непревышения полномочий Европейским союзом.

Известными соответствующими примерами ФКС ФРГ являются решения по делам о Лиссабонском договоре от 30 июня 2009 года³⁵⁸ и Solange III от 15 декабря 2015 года³⁵⁹. В решении 2009 года ФКС ФРГ определил: «народы государств-членов являются носителями конституционной власти. Основной закон не позволяет специальным законодательным органам, органам исполнительной власти и судам распоряжаться основополагающими составными частями конституции или конституционной идентичностью (ст. 23 абз. 1 предл. 3, ст. 79 абз. 3 Основного закона). *Конституционная идентичность является неотчуждаемой составной частью демократического самоопределения народа.* <...> еще более усиленная Лиссабонским договором передача полномочий и обособление процедур принятия решений предполагают эффективный контроль *ultra vires* (за

³⁵⁶ Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973) SC 1461, 1492. URL: https://indiankanoon.org/doc/257876/?__cf_chl_tk=Gs31dl_ugRHewIxyWqtgy1O1kUGoLCPjVJ3nxMPdUZ8-1648148357-0-gaNycGzNCVE (дата обращения: 24.03.2022).

³⁵⁷ Anna Śledzińska-Simon. Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland // International Journal of Constitutional Law, Volume 13, Issue 1, January 2015. Pp. 124–155. Par. 2.

³⁵⁸ BVerfG 123, 267. Решение от 30 июня 2009 г. 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 // Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Фонд Конрада Аденауэра в Российской Федерации. Отв. редактор К. Кроуфорд. М.: Инфотропик Медиа. 2018. С. 905-916.

³⁵⁹ BVerfG. 2 BvR 2735/14. Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015. Решение доступно на английском языке. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514en.htm 1 (дата обращения: 20.03.2022).

превышением полномочий) и контроль соответствия европейских правовых актов при их применении в Федеративной Республике Германия. <...> Закон об одобрении договора, который вносит изменения в Договор о Европейском союзе, и национальное сопроводительное законодательство должны быть разработаны таким образом, чтобы европейская интеграция могла продолжаться на основе принципа ограниченного полномочия в отдельном случае, без предоставления Европейскому союзу возможности получить полномочие самостоятельно решать вопрос о собственной компетенции или нарушать интеграционно значимую *конституционную идентичность государств-членов, например Основной закон*.» ФКС ФРГ также отметил, что проверяет, остаются ли правовые акты европейских органов и учреждений в границах предоставленных им суверенных прав в форме ограниченного полномочия в отдельном случае (контроль *ultra vires*) и *сохраняется ли неприкосновенной центральная составляющая конституционной идентичности Основного закона* в соответствии со ст. 23 абз. 1 предл. 3 во взаимосвязи со ст. 79 абз. 3 Основного закона (контроль идентичности)³⁶⁰.

Из приведенного отрывка видно, что ФКС ФРГ рассматривает Основной закон *в целом как одно из проявлений конституционной идентичности Германии*, а также признает наличие *центральной составляющей такой идентичности в рамках Основного закона*³⁶¹ (имеются в виду «вечные положения», которые не могут быть изменены конституционными поправками согласно абз. 3 ст. 79 Основного закона). Справедливой представляется позиция, согласно которой *конституция выступает одним из проявлений конституционной идентичности государства*, а в плоскости разрешения правовых конфликтов, в том числе на международной арене – представляется, *наиболее значительным их таких проявлений*.

³⁶⁰ Курсив мой – А. У.

³⁶¹ Вопрос об идентичности конституции не рассматривается отдельно в целях настоящего параграфа. В данном контексте идентичность конституции («центральная составляющая») включается в паттерн конституционной идентичности как часть целого. Подробнее об идентичности конституции см., например: *Блохин П. Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6 (127). С. 62–81. С. 72-73; 2 Решение Верховного суда Индии от 12 мая 2011 года С.А. No.-008170-008170 / 2009.*

В решении по делу Solange III ФКС ФРГ признал принцип индивидуальной вины, поскольку он основан на гарантии уважения человеческого достоинства, составляющей конституционной идентичности и указал на необходимость его соблюдения при экстрадиции для исполнения приговора, вынесенного в отсутствие соответствующего лица³⁶². Кроме того, важно отметить, что ФКС ФРГ обозначил собственную роль в определении конституционной идентичности, указав что именно ФКС ФРГ в каждом конкретном случае обеспечивает защиту основных прав и свобод в том числе через проверку идентичности³⁶³.

Подобным образом, ориентируясь на решение по делу Solange III, использовал паттерн конституционной идентичности для обоснования защиты национального суверенитета в контексте права ЕС Конституционный суд (КС) Венгрии³⁶⁴. КС Венгрии указал, что «конституционная самоидентичность Венгрии не является перечнем статичных и закрытых ценностей, однако многие ее важные составляющие – тождественные с общепринятыми конституционными ценностями – можно выделить в качестве примеров: свободы, разделение властей, республика как форма правления, уважение публично-правовых автономий, свобода вероисповедания...». Суд также обозначил, что конституционная самоидентичность Венгрии является фундаментальной ценностью, которая при этом не создана Основным законом, а лишь признается им, а, следовательно, от конституционной идентичности нельзя отказаться посредством международного договора. «Защита конституционной идентичности остается обязанностью

³⁶² BVerfG. 2 BvR 2735/14. Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015. Решение доступно на английском языке. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514en.htm I (дата обращения: 20.03.2022).

³⁶³ Ziller Jacques. Solange III (or the Bundesverfassungsgericht's, Europe Friendliness). On the Decision of the German Federal Constitutional Court Over the Ratification of the Treaty of Lisbon (September 17, 2009). *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, pp. 973-995, May 2009, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1474698> (дата обращения: 21.03.2022).

³⁶⁴ Constitutional Court of Hungary. Decision of 30 November 2016 22/2016 (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E(2) of the Fundamental Law. URL: [chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.europeanrights.eu%2Fpublic%2Fsentence%2FUngheria_30novembre2016.pdf&clen=407102&chunk=true](https://www.europeanrights.eu/public%2Fsentence%2FUngheria_30novembre2016.pdf&clen=407102&chunk=true) (дата обращения: 21.03.2022).

Конституционного суда до тех пор, пока Венгрия является суверенным государством», – так обозначил свою роль КС Венгрии.

В целом в рамках европейской конституционной практики сформировался сходный в разных странах подход к данному паттерну. Подобным образом ссылались на конституционную идентичность органы конституционного контроля Польши, Чехии, Италии. Между тем, например, Конституционный суд Чехии исходит в отличие от немецкого подхода, из того, что определение границ в отношении «непередаваемых» ЕС полномочий – прерогатива не конституционного суда, а законодательной власти³⁶⁵.

Исходя из вышеприведенной практики, помимо того, что подтверждается *релевантная сфера применения* паттерна конституционной идентичности, также вытекает еще одно важное правило: *о следовании определяемых в качестве составляющих конституционную идентичность уникальных характеристик государства из конституции*. Конституция выступает одним из ключевых проявлений в обобщенном виде конституционной идентичности государства. Указанные в конституции характеристики подлежат защите как составляющие конституционной идентичности. При этом прямо непоименованные в тексте основного закона защищаемые государством характеристики также должны следовать из конституции. Так, гипотетически, если государство в конфликтной ситуации защищает, опираясь на паттерн конституционной идентичности, принцип правовой определенности при отсутствии его закрепления в конституции или, например, обосновывает необходимость дополнения основного закона гарантией права на доступ к воде или сети Интернет, то орган конституционной юстиции должен объяснить, каким образом обозначенный принцип или возможность закрепления таких гарантий следуют из действующей конституции.

При этом, имея в виду емкость концепции конституционной идентичности и то, в частности, что ее понимание не замыкается на тексте

³⁶⁵ Faraguna P. Taking Constitutional Identities Away from the Courts // Brooklyn Journal of International Law. Vol. 41, 2. P. 491-578. P.501-507.

конституции, представляется, что общее условие об использовании паттерна не сводится только к следованию защищаемых уникальных характеристик государства из конституции, а является более широким и составляет условие *об историко-нормативной обоснованности содержательного определения конституционной идентичности.*

Иными словами, органы конституционной юстиции при разрешении конкретного дела, определяя «наполнение» конституционной идентичности государства, должны исходить *из конституционного текста*, закрепляющего основы государственности и задающего вектор государственного развития, а также *релевантных исторических фактов и документов*, которыми объясняются ценностные ориентиры соответствующего общества на определенном этапе его развития.

Говоря о следовании характеристик конституционной идентичности из конституции, можно привести следующий пример. Конституционный трибунал Республики Польша (далее – Конституционный трибунал) в решении 2005 года о присоединении Польши к ЕС отметил, что «брак, являющийся союзом мужчины и женщины, приобрел особый конституционный статус во внутреннем законодательстве Республики Польша на основании статьи 18 Конституции». «Любое изменение этого статуса возможно только путем внесения поправок в Конституцию (в соответствии со статьей 235); и ни при каких обстоятельствах это невозможно посредством ратифицированного международного соглашения»³⁶⁶. В данном деле заявители высказывали мнение о том, что запрет дискриминации (в том числе по признаку сексуальной ориентации), сформулированный в ст. 13 Договора о ЕС, ведет к подрыву конституционной нормы Республики Польша об отношении к браку как к союзу между женщиной и мужчиной. Между тем Конституционный трибунал, хотя и выразил традиционные ценностные

³⁶⁶ Приводится по: *Anna Śledzińska-Simon. Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland // International Journal of Constitutional Law, Volume 13, Issue 1, January 2015. PP. 124–155. Par. 4.2.*

установки польского государства в отношении понимания брака, опираясь непосредственно на конституционный текст, отметил также, что указанный запрет дискриминации (по признаку пола) ничего не говорит именно об институте брака, а аналогичный запрет на дискриминацию также является элементом польской конституционной системы³⁶⁷.

Вышеназванное условие об историко-нормативной обоснованности использования паттерна конституционной идентичности говорит о конституционной нормативности вкупе с историческим наследием государства. С одной стороны, содержательное обоснование конституционной идентичности конституционным текстом может выглядеть «тавтологично». Однако именно в тексте конституции (в широком понимании юридического текста, включая устный или выраженный в комплексе документов) отражаются основополагающие черты конкретной государственности, которые, получая свое развитие в практике органов конституционного контроля, отраслевом законодательстве, иных источниках, наполняются уникальным, самобытным в определенной степени содержанием.

Конституционно-нормативная обоснованность дополняется исторической, поскольку концепция конституционной идентичности, как уже подчеркивалось, многофакторна. Ограниченная рамками текста конституция не может заключать в себе отражение всех факторов, оказывающих влияние на формирование идентичности конкретного государства. В этой связи требуется опора на историю государства в широком смысле при использовании паттерна конституционной идентичности, чтобы при необходимости органы конституционного контроля могли апеллировать к релевантным фактам из истории становления и развития государства в разных сферах его деятельности (культурной, экономической, политической) (например, к коммунистическому прошлому, ситуациям экономических

³⁶⁷ 49/5/A/2005 WYROK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04. URL: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20050860744/T/D20050744TK.pdf> (дата обращения: 06.05.2022). Перевод автора.

кризисов, традиционно исповедуемой большинством населения религии). При этом отсылки к таким фактам должны подкрепляться эмпирическими данными: статистическими данными, архивными документами, междисциплинарными и специальными исследованиями (в области культурологии, истории, экономики и пр.), за исключением случаев, когда речь идет об общеизвестных фактах, не требующих дополнительного обоснования (таких, например, как факт распада государства в определенных ситуациях), но только если для целей аргументации требуется приведение самого такого факта, а не связанных с ним последствий и т. д.

Так, в 2012 году Конституционный суд Чехии признал решение Суда ЕС по делу Лантдова (Landtová) относительно запрета дискриминации граждан Чехии и Словакии в доступе к пенсионным пособиям, принятым с превышением полномочий ЕС (*ultra vires*). Чешский Конституционный суд обосновал свое решение в том числе тем, что решение Суда ЕС «не уважает европейскую историю», не учитывает последствия распада Чехословакии и распределение между странами-правопреемниками расходов на социальное обеспечение, осуществляет «сравнение несопоставимых предметов». Конституционный суд Чехии в рамках данного дела исходил из того, что конституционная идентичность Чехии формируется в том числе исходя из общей конституционной традиции со Словакией, учитывая существование на протяжении более семидесяти лет общего государства и его мирный распад, то есть исходя из исторически созданной ситуации, не имеющей аналогов в Европе³⁶⁸.

КС РФ, например, в уже упомянутом Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П по делу Анчугова и Гладкова³⁶⁹ также опирался на исторический

³⁶⁸ Czech Republic Constitutional Court. Judgment 2012/01/31 - PL. ÚS 5/12: Slovak Pensions. Pp. 13-14. Доступно на английском языке по ссылке: chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.usoud.cz%2Ffileadmin%2Fuser_upload%2Fustavni_soud_www%2FDecisions%2Fpdf%2FPI%2520US%25205-12.pdf&clen=345314&chunk=true (дата обращения: 30.03.2022). См. также: *Federico Fabbrini, András Sajó*. The dangers of constitutional identity // *European Law Journal*. Volume 25, Issue 4. July 2019. Pp. 457-473. P. 460-461.

³⁶⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.04.2016 № 12-П // *Собрание законодательства РФ*, 25.04.2016, № 17, ст. 2480.

метод толкования права (вкуне с грамматическим). Суд прямо не связал апелляцию к истории советского конституционного развития относительно норм об ограничениях избирательных прав граждан, которым по приговору суда назначено наказание по ограничению свободы, и материалам Конституционного совещания 1993 года с формированием российской конституционной идентичности. Однако с учетом общего посыла КС РФ о необходимости уважения национальной конституционной идентичности со стороны ЕСПЧ, представляется, что последующая аргументация строилась по крайней мере с учетом данного паттерна.

Еще одним, третьим, условием опоры на паттерн конституционной идентичности является *правило содержательной стабильности* характеристик государства, определяемых в качестве составляющих конституционную идентичность.

Данное условие тесно перекликается с таким правилом формально-логического подхода к аргументации как правило *неизменности тезиса*. Конституционное регулирование должно быть стабильным, что в конституционном праве является «общим местом». Его адаптации к современным реалиям, обеспечению необходимого в силу объективных причин динамизма, способствует паттерн эволютивного подхода, как будет далее рассмотрено, при соблюдении правил его использования. При этом паттерн конституционной идентичности не может подразумевать устанавливаемую *ad hoc* конституционную идентичность – иначе нивелируется сам смысл восприятия тех или иных черт государства как относимых именно к нему, составляющих его идентичность.

Для восприятия определенных характеристик государства в качестве его уникальных, самобытных характеристик, как правило, необходимо время, то есть, чтобы они были сформированы в ходе исторического развития государства, чтобы обеспечивалась конституционная преемственность. Безусловно, уникальность может быть «сформирована» искусственно – например, путем внесения изменений в конституцию (тем более, если это

происходит без качественного обоснования). Именно в этой связи вышеназванное условие об историко-нормативной обусловленности не замыкается на нормативной составляющей, а предполагает также историческую часть, и постулируется рассматриваемое требование о содержательной стабильности конституционной идентичности. В совокупности опора на данные условия должна минимизировать риски безосновательного, ситуативного применения паттерна.

Привязка к содержательной стабильности конституционной идентичности не означает невозможности формирования новых для государства уникальных черт через конституционное закрепление (например, что было актуально для становления демократий на посткоммунистическом пространстве) или невозможности изменения позиций органов конституционного контроля по вопросам конституционной идентичности. Данное условие означает, что привнесение новизны в составляющие конституционную идентичность государства характеристики не может осуществляться без учета исторического, в том числе конституционно-правового развития, даже если, например, при смене политического режима речь идет об учете соответствующего опыта «от противного».

В 2020 году КС РФ использовал концепцию конституционной идентичности в Заключении на предмет соответствия изменений в Конституцию РФ положениям ее глав 1, 2, 9³⁷⁰. Суд объяснил включение в Конституцию РФ положения о статусе России как правопреемника (правопродолжателя) Союза ССР как неотъемлемой характеристики ее суверенитета во внутригосударственных и международных делах тем, что данная норма о правопреемстве закрепляет конституционную идентичность России во внутригосударственном и международном пространстве, и, соответственно, она конституционно оправданна и согласуется с основами конституционного строя РФ в качестве их конкретизации. В данном случае

³⁷⁰ Конституционного Суда РФ от 16.03.2020 // URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3529> (дата обращения: 10.03.2022).

концепция конституционной идентичности сама по себе представляется как ценность, требующая закрепления высшей формой легитимации – основным законом. *Отдельные составляющие такой идентичности не раскрываются, но подчеркивается, что норма о правопреемстве, указывающая на историко-правовую связь государственности СССР и Российской Федерации, определяет российскую конституционную идентичность.* Представляется, что данная норма не является единственной, определяющей конституционную идентичность России³⁷¹. При этом в приведенном примере утверждение о том, что норма о правопреемстве «участвует» в определении конституционной идентичности России выступает аргументом в пользу закрепления такой нормы в конституции.

При подобной аргументации паттерн конституционной идентичности не выполняет роль ключа к дальнейшему рассуждению, а признается достаточным для обоснования решения. Представляется, что данный пример показывает в очередной раз значимость учета правил формальной логики (отсутствие в определении круга) и демонстрирует необходимость стабильности в понимании конституционной идентичности. КС РФ не анализирует детально само по себе обозначение России как правопродолжателя Союза ССР (что на первый взгляд не вызывает серьезных вопросов, однако при этом, например, не разъясняется как такое правопреемство корреспондирует с демократическими ценностями Конституции 1993 года). Указание КС РФ на то, что норма о правопреемстве определяет конституционную идентичность России, представляется не отвечает требованию стабильности понимания такой идентичности. Так, возможно, если бы Суд обратился к аргументам, например, о содержании в правовой системе РФ действующих советских нормативных правовых актов, соответствии суверенным интересам государства и народа защиты

³⁷¹ Гаджиев Г. А. полагает, что «мы еще далеко не определились с теми «ядерными» системообразующими правовыми традициями российского народа, утрата которых неминуемо ведет к разрушению идентичности, и традициями, которые в силу пережитков прошлого не отвечают требованиям правового прогресса». См.: Гаджиев Г. А. О судебной доктрине конституционной идентичности // Судья. 2017. № 12. С. 32.

культурного наследия, собственной практике, связанной с разрешением вопросов постсоветской «перестройки», то качество аргументации и ее восприятие аудиторией оказались бы на более высоком уровне, и понятным стало бы отнесение такой характеристики государства как преемственность Союзу ССР к числу стабильно определяющих его конституционную идентичность³⁷².

Обозначенное условие о содержательной стабильности конституционной идентичности особенно актуально для ситуаций, когда паттерн используется в рамках предварительного конституционного контроля поправок к конституции. Если, например, в конституцию предполагается внести положения об особом статусе наиболее распространенной религии³⁷³ или о закреплении понимания брака как союза мужчины и женщины (что было сделано в 2020 году относительно Конституции РФ), то возникает вопрос, насколько внесение таких поправок может быть «оправдано» опорой на конституционную идентичность? В данном случае особенно важно обоснование органом конституционного контроля историко-нормативной обусловленности соответствующих характеристик, которые планируется закрепить в конституции, и продолжительного, стабильного восприятия в данном обществе таких характеристик в качестве черт, формирующих конституционную идентичность. Так, даже если предположить, что внесение поправок поддерживается большинством населения, то встает вопрос о защите интересов меньшинства. Представляется, что в таких ситуациях необходимо

³⁷² Из обозначенного видно, что тесно взаимосвязаны условия историко-нормативной обусловленности и содержательной стабильности.

³⁷³ В Конституции Венгрии, например, с 2018 года в результате конституционных изменений, в статье R (4 параграф) прямо закреплено, что каждый государственный орган обязан защищать конституционную идентичность и христианскую культуру Венгрии. См.: Основной закон Венгрии. Доступен на английском языке по ссылке: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.venice.coe.int%2Fwebforms%2Fdocuments%2Fdefault.aspx%3FpdfFile%3DCDL-REF\(2021\)046-e](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.venice.coe.int%2Fwebforms%2Fdocuments%2Fdefault.aspx%3FpdfFile%3DCDL-REF(2021)046-e) (дата обращения: 29.03.2022). Важно обозначить, что указанные поправки не миновала критика в юридической литературе (см., например: *Halmai G. The Evolution and Gestalt of the Hungarian Constitution // URL: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://me.eu.eu/wp-content/uploads/sites/385/2018/09/IPE_Hungary_English_Halmai.pdf* (дата обращения: 07.05.2022); *Умц П. Изобретение новой Венгрии в пылу революции: Декларация национального сотрудничества как руководство для читателя по Основному закону 2011 года // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 1 (128). С.42–60.*

исходить из соблюдения совокупности условий использования паттерна (*понимать посягают ли поправки на конституционную идентичность действующего правопорядка, обусловлены ли они действующим конституционным регулированием и историей развития государства, отвечают ли они требованию стабильного понимания конституционной идентичности*). Закрепление на конституционном уровне тех или иных норм в интересах большинства не может осуществляться в такой форме, при которой соответствующее меньшинство остается без конституционной защиты. Например, следующая из конституции невозможность регистрации однополых браков не может обуславливать возможность установления уголовного преследования за однополые отношения в демократическом государстве, придерживающемся гарантии запрета дискриминации.

«Конституция не может становиться инструментом суицида демократии»³⁷⁴. Так, в решении 2014 года Конституционный суд Литовской Республики постановил, что «неотъемлемая природа прав и свобод человека, демократия и независимость государства являются такими конституционными ценностями, которые составляют основу Конституции как общественного договора, основу общенациональной жизни...Поэтому, даже принимая во внимание...ограничения на изменение Конституции, вытекающие из нее самой, не допускается принятие таких изменений в Конституцию, которые разрушали бы естественную природу прав и свобод человека, демократии или независимость государства; если бы Конституция была истолкована иначе, то это бы означало создание предпосылок для прекращения существования возрожденного «независимого Литовского государства, основанного на демократических принципах», как это провозглашено Актом о независимости Литвы от 16 февраля 1918 года». Суд указал, что обозначенные им

³⁷⁴Žalimas D. Fundamental Values as an Inviolable Core of the Constitution. P. 58-70. P. 65. In: Constitutional Values in Contemporary Legal Space I 16–17 November, 2016. Collection of Research Papers in Conjunction with the 6th International Scientific Conference of the Faculty of Law of the University of Latvia.

ограничения на изменение конституции в равной степени касаются и ее изменения посредством референдума³⁷⁵.

В заключение настоящего параграфа следует отметить, что паттерн конституционной идентичности должен применяться в исключительных случаях. Его не следует относить к аргументационному шаблону, который может ложиться в основу любого решения. Апелляция к конституционной идентичности должна быть обоснована фактическими и правовыми обстоятельствами дела. Использование паттерна должно быть основано на соблюдении следующих правил, критериев. Во-первых, что связано с исключительностью обращения к паттерну, опора на конституционную идентичность пригодна для определенной сферы применения: споров о столкновении публичных элементов – на внутригосударственном уровне в рамках столкновения «прошлого» и «будущего» публичного порядка (при проверке конституционных изменений) и на международном уровне в рамках конкуренции национального и наднационального регулирования. Во-вторых, должно соблюдаться условие об историко-нормативной обоснованности содержательного определения конституционной идентичности. Речь идет о том, что органы конституционного правосудия при определении содержательных характеристик конституционной идентичности государства в рамках конкретного дела должны исходить из конституционного текста и релевантных исторических фактов, подтверждаемых эмпирическими данными. В-третьих, использование паттерна конституционной идентичности требует стабильности в содержательном определении – конституционная идентичность не может определяться *ad hoc*. Для восприятия тех или иных характеристик государства в качестве самобытных необходимо, чтобы они были сформированы в ходе исторического развития государства, чтобы

³⁷⁵ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania. On the Compliance of the Provisions of the Republic of Lithuania's Law on Referendums with the Constitution of the Republic of Lithuania. 11 July 2014, No. Kt36-N10/2014. URL: <https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta859/content> (дата обращения: 07.05.2022). Перевод автора.

обеспечивалась конституционная преемственность, что тесно связано с правилом историко-нормативной обоснованности.

§ 2.3. Эволютивный подход в аргументации решений органов конституционного правосудия³⁷⁶

Судьи конституционных судов в рамках рассмотрения дел неизбежно сталкиваются с необходимостью адаптации конституционного регулирования к требованиям времени. Речь идет о так называемом *эволютивном подходе* к аргументации решений, при котором судьи обосновывают решение и соответственно толкуют конституционные нормы, нормы иных правовых, конституционные обычаи с учетом социальных реалий и вызовов, то есть адаптируют конституционное регулирование к современным условиям тогда, когда для этого имеются объективные причины, в то время как непосредственно конституционный текст (в широком понимании) остается неизменным.

В юридической литературе часто обозначенный подход упоминается в более узком смысле эволютивного метода толкования права. При этом такой метод относят к разновидности исторического метода³⁷⁷, распадающегося на оригиналистское³⁷⁸ и эволюционное (эволютивное) толкования, означающие, соответственно, опору на исторические условия принятия конституции (иного акта) с целью выявления оригинального смысла норм, который имели в виду

³⁷⁶ При подготовке настоящего параграфа была использована статья автора: Урошлева А. С. Эволютивный подход в аргументативной практике конституционного правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. № 139 (6). 2020. С. 87-112.

³⁷⁷ Учитывая, что социальные изменения составляют часть исторического процесса.

³⁷⁸ В терминологии прежде всего американского конституционализма.

конституционный законодатель, разработчики конституции (иного объекта толкования), или упор на последующую практику применения первоначального смысла норм с учетом социальных изменений³⁷⁹.

Между тем, представляется, что в научно-исследовательских и практических целях следует вести речь об обособленном, эволютивном *подходе в аргументации*, а не методе толкования, поскольку, во-первых, эволюция конституционного регулирования является самостоятельным специальным паттерном мета-аргументации в конституционном правосудии, который может быть положен в основу обоснования решения органа конституционного контроля в качестве ключевого аргумента, а не используется в аргументации решения как юридико-технический метод чтения норм, во-вторых, эволютивный подход не составляет однопорядкового явления с такими методами толкования как грамматический, оригиналистский³⁸⁰, телеологический, системный – опора на эволютивный подход может включать в себя использование различных методов толкования права, в-третьих, через применение эволютивного подхода реализуется преобразовательный потенциал конституционного правосудия – осуществляется приведение конституционного регулирования в соответствие реалиям современности.

Можно выделить два основных правила, необходимость применения которых в конституционном процессе в рамках аргументации, возникает, как полагает венгерский ученый А. Якоб, прежде всего: 1) опора на конституционный текст; и 2) адаптация к изменяющимся социальным

³⁷⁹ Должиков А. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4 (113). С. 125–151, 139–143.

³⁸⁰ Оригиналистский метод толкования часто сравнивают в качестве антипода с эволютивным подходом. Однако, оригинализм в отличие от эволютивного подхода, представляется, не выступает паттерном мета-аргументации в конституционном правосудии, поскольку ограничивается исторической составляющей методологии при уяснении замысла, намерения конституционного законодателя (англ.: *original intent theory*) либо исходит из наличия объективного оригинального смысла нормы (при этом на основе того, что разумно могло иметься в виду при принятии конституции) (англ.: *original meaning theory*), что предполагает по сути грамматическое толкование в сочетании с историческим. Эволютивный подход видится наиболее комплексным аргументативным инструментом, требующим многофакторной судейской оценки обстоятельств дела.

условиям³⁸¹. При этом очевидно, что апелляция к эволютивному подходу (адаптация к социальным условиям) требует *предварительного обращения к действующему конституционному тексту* (регулируванию) – чтобы выявить факт социальных изменений и соответствующую потребность корректировки конституционного регулирования необходимо установление смысла, заложенного в действующем конституционном тексте. Опора на текст в рамках аргументации решений органов конституционного контроля не выделяется в качестве паттерна мета-аргументации, как было обозначено в предыдущей главе, – конституционный текст в любом случае служит отправной точкой и возникновения спора, и его разрешения.

Эволютивный подход предполагает аргументацию решений не только на основании реконструкции смысла правовой нормы, уяснения воли конституционного законодателя, но и исходя из признания за органом конституционного правосудия квазиправотворческой функции. Конституционные положения, включая те из них, которыми гарантируются основные права и свободы человека, не могут рассматриваться как зафиксированные «навечно», они могут меняться, в том числе без изменения текста конституции, они открыты для новых интерпретаций, в частности для обособления новых прав³⁸². И среди тех, кто способен придать конституционным положениям актуальное «звучание» оказываются прежде всего судьи органов конституционного контроля, что особенно актуально для государств с жесткими условиями изменения конституции³⁸³.

В американской конституционной доктрине, например, подход, позволяющий судье интерпретировать конституционные нормы, опираясь на современные ценности, которые, по мнению судьи, подлежат защите, известен

³⁸¹ *Jakab A. Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective // German Law Journal. Vol. 14. 2013. No. 8. P. 1215–1278, 1257.*

³⁸² *Kreide R. Politica globale e diritti umani. Potenza e impotenza di un strumento politico. Torino : Trauben, 2010. P. 38. Цит. по: Васильева Т. А. Конституционализация права как средство обеспечения эффективности правового регулирования // Эффективность правового регулирования : монография / под общ. ред. А.В. Полякова, В.В. Денисенко, М.А. Беляева. М. : Проспект. 2017. С. 92–105, 96.*

³⁸³ При условии соответствия таких условий фактической сложности процесса внесения поправок в основной закон.

как концепция «живой конституции» (англ.: *living constitution*)³⁸⁴. В 1920 году в деле *Missouri v. Holland* судья Холмс по сути раскрыл понятие «живой конституции» следующим образом: «Когда мы имеем дело со словами, которые также представляют собой составленный акт, как Конституция Соединенных Штатов, мы должны осознавать, что они вызвали к жизни существо, развитие которого не могли полностью предвидеть самые одаренные из его создателей. Для них было достаточно понимать или надеяться, что они создали определенный организм...»³⁸⁵. Зарождение подхода встречается и в более ранних решениях. В решении по делу *McCulloch v. Maryland* 1819 года, например, Председатель Верховного суда США Джон Маршалл указал, что конституция «предназначена для того, чтобы выдержать века и, следовательно, адаптироваться к различным кризисам в человеческой деятельности»³⁸⁶. Также эволютивный подход в американской литературе именуется «открытым модернизмом» (англ.: *open-ended modernism*)³⁸⁷ – противники оригинализма часто называют себя модернистами.

В российской доктрине по аналогии с немецкой подход, позволяющий трансформировать значение конституционных положений без внесения изменений в текст основного закона, называют «преобразованием конституции»³⁸⁸. Еще на рубеже XIX–XX веков данную категорию ввел в научный дискурс немецкий государствовед Г. Еллинек, понимавшим под «преобразованием конституции» «те изменения, которые оставляют ее текст в

³⁸⁴ См., например: *McBain H. L. The Living Constitution: A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law. New York : The Bureau Press, 1927.*

³⁸⁵ *Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).* URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/252/416/> (дата обращения: 08.02.2022). Подробнее об этом См.: *Rehnquist W. H. The Notion Of A Living Constitution // Harvard Journal Of Law & Public Policy. Vol. 29. 2006. No. 2. P. 401–416, 402.*

³⁸⁶ *Mcculloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).* URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/#tab-opinion-1918126> (дата обращения: 08.02.2022). См. Подробнее: *William P. Marshall. Progressive Constitutionalism, Originalism, And The Significance Of Landmark Decisions In Evaluating Constitutional Theory // University Of North Carolina School Of Law Carolina Law Scholarship Repository. Ohio State Law Journal. 2011. Vol. 72: 6. Pp. 1251-1276. P. 1255-1256.*

³⁸⁷ *Chemersky E. Interpreting The Constitution. New York : Praeger, 1987. P. 109.*

³⁸⁸ См.: *Аничкин Е. С. «Преобразование» Конституции Российской Федерации и развитие конституционного законодательства в конце 20 — начале 21 вв. : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Тюмень, 2010. С. 9; Митюков М. А. О преобразовании Конституции Российской Федерации // Право и Власть. 2001. № 1. с. 105 - 112; Червонык В. И. Преобразование конституции и конституционный порядок // Вестник Московского Университета МВД России. 2013. № 6. С. 49-52;*

прежнем виде и вызываются фактами, не связанными непременно с намерением произвести такое изменение, или с сознанием, что последнее обязательно произойдёт»³⁸⁹.

Эволюция конституционного регулирования как паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии обладает *динамическим характером* – это означает, что данный элемент мета-аргументации не в каждом деле является фактором, влияющим на аргументацию как процесс и содержание, а *используется, если этого требует «фактура» разрешаемого дела.*

Ключевым фактором, обуславливающим применение эволютивного подхода, является *необходимость изменения понимания конституционных норм*³⁹⁰ в силу объективных причин: научно-технический прогресс, изменение господствующего общественного мнения (наиболее сложная для установления в качестве объективной причина), появление новых угроз и вызовов и так далее. Так, в XVIII–XIX веках никому бы не пришло в голову обсуждать право на доступ к Интернету в разрезе конституционных прав; не стояла остро проблема борьбы с терроризмом, что, в свою очередь, требует придания таким конституционным нормам, как, например, положениям о необходимости обеспечения защиты национальной безопасности государства и жизни и здоровья граждан, особого значения в соответствующих делах; на другом уровне находилось развитие науки и техники, включая медицину (на конституционный уровень не поднимались этико-правовые проблемы использования биотехнологий т. д.). Очевидно, что многие обстоятельства конституционный законодатель просто не прогнозировал или не мог спрогнозировать³⁹¹.

³⁸⁹ Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования / пер. с нем. Б.А. Кистяковского. СПб. : Изд. юрид. кн. скл. «Право», 1907. С. 5. Цит. по: Аничкин Е. С. Преобразование Конституции Российской Федерации: сущность и причины // Вестник Томского государственного университета. 2009. № 323. С. 202–206, 202.

³⁹⁰ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 апреля 2006 года № 4-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 18. Ст. 2058.

³⁹¹ См.: Должиков А. В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4 (113). С. 125-151. С. 143.

Более того, конституционный законодатель не может и не должен восприниматься как некий совершенный законотворец, способный предсказать общественное развитие на века вперед и предусмотреть все необходимые конституционные нормы с учетом такого развития. Функция права и конституционного регулирования, в особенности, не состоит в урегулировании каждого конкретного случая, задача создателей конституционного текста – сформулировать конституционные нормы достаточно универсальными, чтобы на их основе с учетом текущего законодательства, прецедентов, практики, традиций, правоприменители, включая судей, могли, опираясь на конституционный текст как оплот стабильности правопорядка, принимать решения в конкретных ситуациях, не игнорируя при этом условия современности³⁹². Кроме того, представляется справедливым в данном случае вдохновленное философией постмодерна утверждение о том, что текст «живет» самостоятельной жизнью, не связанной с его автором. Разработчики конституции на этапе формулировки конституционного текста наделены властью отражения субъективных взглядов в нем. Однако по окончании процесса разработки основного закона и с момента его вступления в силу он становится *независимым от своих авторов регулятором общественных отношений* и воспринимается до момента конституционного спора исходя из установок, убеждений, опыта каждого отдельного субъекта, социально-культурной обстановки.

В уже упомянутом ранее в первой главе решении 2015 года по делу *Obergefell v. Hodges* Верховный Суд США, например, обязал власти всех штатов регистрировать однополые браки, а также признавать такие браки, если они заключены в других юрисдикциях, *de facto* объявив статью 2 Закона о защите брака 1996 года недействующей³⁹³. Суд аргументировал решение

³⁹² См. подробнее: *Strauss David A.* The Living Constitution. Oxford University Press; 1st Edition. May 19, 2010. Отрывок доступен по ссылке: <https://www.law.uchicago.edu/news/living-constitution> (дата обращения: 08.02.2022).

³⁹³ *Obergefell v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et Al.* 576 U.S. 644 (2015). URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf (дата обращения: 08.02.2022). См. подробнее: *Чуева Д. И.* Однополые браки в США и России: подходы к регулированию сквозь призму судебного толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 3. С. 92 – 102. С. 94-95.

тем, что «поколения, которые составляли и утверждали Билль о правах и Четырнадцатую поправку, не являются по умолчанию великими знатоками свободы во всех ее измерениях, и они заповедали следующим поколениям хартию, которая защищает всеобщее право на жизнь в свободе, значение которой мы все еще продолжаем узнавать». Положение о защите свободы личного выбора, как указал Верховный Суд, незыблемо, но его понимание и объем этой свободы может меняться с развитием общества³⁹⁴.

Указанному делу предшествовало решение 2003 года по спору *Lawrence v. Texas*³⁹⁵, которым Верховный суд США признал противоречащим Конституции США, а именно положениям о надлежащей правовой процедуре (англ.: Due Process Clause) и равной защите (англ.: Equal Protection Clause) Четырнадцатой поправки, законодательство штата Техас в части отнесения к преступлению вступление в сексуальные отношения лиц одного пола. Верховный Суд в данном решении пошел на опровержение своей предыдущей позиции, выраженной в деле *Bowers v. Hardwick* 1986 года по аналогичному вопросу, апеллируя к тому, что со времен решения по делу *Bowers v. Hardwick* количество штатов, в которых предусмотрена рассматриваемая уголовная ответственность, снизилось с 25 штатов до 13. Также Суд раскритиковал использованный в деле *Bowers v. Hardwick* подход, который строился на отсылке к признанию обозначенных отношений незаконными и порицаемыми обществом на протяжении длительного времени в истории западной цивилизации, указав, что на самом деле исторические основания вопроса более сложны и небесспорны, и что такая аргументация не учитывает авторитеты и примеры, указывающие в ином направлении (например, рекомендацию 1957 года комитета, консультировавшего британский парламент, отменить законы, предусматривавшие наказание за гомосексуальное поведение; решение ЕСПЧ о признании несоответствующим

³⁹⁴ *Obergefell v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health, et Al. 576 U.S. 644 (2015). URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf (дата обращения: 08.02.2022).

³⁹⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.pdf> (дата обращения: 16.12.2020).

Конвенции о защите прав человека и основных свобод уголовного законодательства Северной Ирландии³⁹⁶).

Профессор Университета Чикаго Д. Штраус в книге «Живая Конституция» утверждает, что живая конституция – это комбинация «маленькой» конституции, действующей в реальности, на практике, воплощаемой в прецедентах, традициях, и писаной Отцами основателями конституции. Профессор, по сути, отождествляет концепцию «живой конституции» с подходом общего права (англ.: *common law approach*) к пониманию основного закона. Что касается прецедентных систем права, то, действительно, представляется справедливым мнение о том, что общее право разрешает проблему сосуществования вышеуказанных основных правил конституционного процесса: опора на текст конституции и его адаптация к социальным условиям. Подход с позиций общего права примиряет эти на первый взгляд противоречивые правила через прецедент, в котором правомерно отражено видение судом справедливости и в некоторых случаях – справедливости вкупе с политической целесообразностью, не противоречащей закону, отвечающее обстоятельствам дела и текущим социальным реалиям. При этом речь не идет о подмене конституционных установлений – судья, опираясь на «коллективную мудрость» (прецедент), решает, чем наполнена конституционная норма, как она закреплена, учитывая спорную ситуацию и все соответствующее ей обстоятельства. Такой подход не пытается скрыть, что судья в определенной степени свободен в усмотрении при применении эволютивного подхода (при этом ограничен прецедентами и правовыми традициями) в отличие от доктрины «оригинализма», диктующей ориентацию на конституционные нормы как набор незыблемых команд, хотя при этом, очевидно, что судебское усмотрение в случае необходимости интерпретации права и аргументации в сложном деле в рамках оригинализма будет таким же

³⁹⁶ Речь идет о деле *Dudgeon v. the United Kingdom* (1981). См.: European Court of Human Rights. *Dudgeon v. the United Kingdom. Application. No. 7525/76. Judgment of 22 October 1981.* URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Dudgeon%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRAND%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57473%22%5D%7D> (дата обращения: 08.02.2022).

усмотрением, лишь прикрытым вуалью применения норм в их первоначальном смысле с помощью историко-правовой методологии³⁹⁷.

Справедливым видится понимание вышеуказанного автора, согласно которому адаптация конституции к современным условиям не отрицает ценности основного закона как базы правопорядка и согласно которому судебское усмотрение не должно восприниматься в качестве исключительно негативного явления, граничащего со вседозволенностью, поскольку в действительности оно всегда ограничено и как явление правомерно. В то же время стоит отметить, что противопоставление концепции «живой конституции» в понимании Д. Штрауса в качестве подхода общего права не может противопоставляться оригинализму. Оригинализм – это также судебная доктрина, сформированная в общем праве и являющаяся его частью, в том числе находящая свои проявления в прецедентах. Более того, оригинализм может выступать в качестве концепции, способствующей судебскому самоограничению³⁹⁸ в тех случаях, когда нужно аргументировать отсутствие необходимости изменения смысла конституционной нормы и приверженность принятому, устоявшемуся понимаю. Между тем, концептуально обоснование «живой конституции» как концепции, необходимой конституционному праву и правосудию, – убедительно.

Также представляется, что подобное обоснование актуально не только для общего права – конституционное правосудие в этом смысле обладает некоторой степенью универсальности, позволяющей говорить о прецедентном (квазинормативном) характере решений соответствующих юрисдикционных органов вне зависимости от правовой семьи. Таким образом, что касается континентальных правовых систем, то сочетаемость опоры на конституционный текст и адаптации конституционного регулирования к социальным реалиям обеспечивается аналогичным образом: путем восприятия

³⁹⁷ *Strauss David A. The Living Constitution. Oxford University Press; 1st Edition. May 19, 2010. Отрывок доступен по ссылке: <https://www.law.uchicago.edu/news/living-constitution> (дата обращения: 08.02.2022).*

³⁹⁸ *Coan A. Living Constitutional Theory // Duke Law Journal Online. Vol. 66, June, 2017. P. 99-115. P. 101.*

текста конституции в качестве незыблемой посылки разрешения дела и при этом возможностью его адаптации к социальным условиям через судебское усмотрение. Отсутствие признания *de jure* решений органов конституционного правосудия прецедентами не означает в рамках конституционного правосудия отрицание квазинормативного характера таких решений, как было ранее обозначено в настоящей работе.

Так, решая вопрос о конституционности пожизненного заключения в 1977 году ФКС ФРГ пришел к выводу о том, что нормы Уголовного кодекса о пожизненном заключении за убийство, совершенное, чтобы скрыть другое преступление, или из коварства, сексуальных побуждений, жадности или по иным низменным мотивам, не противоречат Основному закону³⁹⁹. При этом аргументация Суда был построена на том, как изменились реалии пенитенциарной системы в Германии. В первоначальной редакции Уголовного кодекса 1871 года предусматривалось, что каждый, кто совершал убийство человека умышленно, наказывался смертью. Оспариваемое современное регулирование предполагает более мягкое наказание – пожизненное заключение. Кроме того, как указал ФКС ФРГ, в соответствии с нынешними уровнем знаний и практикой нельзя считать, что пожизненное заключение неизбежно приведет к непоправимому ущербу психологического или физического характера, который затрагивает человеческое достоинство. ФКС ФРГ обозначил, что любое решение, определяющее человеческое достоинство, должно основываться на его современном понимании, а не на обращении к каким-либо всегда пригодным концепциям, а также заявил, что оригиналистский подход может не играть решающей роли в интерпретации положений Основного закона, так как со времени принятия Основного закона понимание содержания, функций и действия основных прав углубляется. Опираясь на современные

³⁹⁹ Bundesverfassungsgericht (далее — BVerfG). 1 BvL 14/76. Urteil vom 21. Juni 1977 // BVerfGE Bd. 45. S. 187. URL: <https://openjur.de/u/60105.html> (дата обращения: 09.02.2022). См. также краткое изложение сути дела на английском языке: URL: <http://www.hrcr.org/safrica/dignity/45bverfge187.html> (дата обращения: 09.02.2022).

правоприменительную практику и реалии пенитенциарной системы Германии, ФКС ФРГ заключил, что пожизненное заключение как сама по себе предусмотренная уголовным законодательством мера не противоречит Основному закону и, в частности, принципу охраны достоинства человека в его современном понимании, то есть предполагающем по сравнению с более ранними этапами истории больший гуманизм и соответствующие более высокие требования⁴⁰⁰.

Таким образом, применение эволютивного подхода или концепции «живой конституции» – не прерогатива общего права. Ввиду значимости конституционного регулирования для правопорядка и специфики конституционно-правовых формулировок, а также, ввиду распространенности в сфере конституционного правосудия, эволютивный подход претендует на вышеобозначенный статус паттерна мета-аргументации в конституционном правосудии. Эволюция конституционного регулирования при этом проявляется не только и не столько в корректировке буквального прочтения конституционных положений (такого, как правило, не происходит), а в *содержательном наполнении конституционных универсалий*.

Практика конституционного правосудия при этом с учетом теоретического осмысления рассматриваемого паттерна позволяет говорить об определенных *правилах его использования*.

Эволюция общественной жизни должна, во-первых, *достигнуть уровня, требующего корректировки конституционного регулирования (критерий необходимости)*, во-вторых, социальные изменения, требующие конституционной корректировки, *должны быть объективными (критерий объективности)*. При этом в рамках соблюдения первого из правил вычленимы такие показатели эволюции как *время* (продолжительность измененного состояния), и в большей степени оценочный показатель *значимости изменений* для конституционного правопорядка, отвечающий на

⁴⁰⁰ 1 BvL 14/76. Urteil vom 21. Juni 1977 // BVerfGE Bd. 45. S. 187. URL: <https://openjur.de/u/60105.html> (дата обращения: 09.02.2022).

вопрос о необходимости фиксировать изменения, тем более на конституционном уровне (достаточным может оказаться и отражение изменений в текущем законодательстве, подзаконном регулировании т. д. по усмотрению легислатуры). Что касается второго правила, то *объективность изменений должна быть подтвержденной эмпирическими данными*. Например, причина в виде изменения общественного мнения по какому-либо конституционно-значимому вопросу – сложная для оценки. В таком случае должна особенно приниматься во внимание *объективация таких изменений*: в нормативных правовых актах как международных, так и национальных, в практике государственных органов, в локальных актах, средствах массовой информации, Интернет-ресурсах, источниках культуры (книги, иные предметы искусства), в данных статистики и т. д.⁴⁰¹.

Так, в решении 1978 года ФКС ФРГ признал законодательное исключение права выбрать девичью фамилию жены в качестве брачной фамилии для супругов противоречащим норме Основного закона о мужском и женском равноправии (абз. 2 ст. 3)⁴⁰². Суд отметил, что «даже в том случае, если муж единственный в семье занимается трудовой деятельностью, в то время как жена ведет домашнее хозяйство и воспитывает детей, нельзя говорить о единоличном представительстве мужем семьи в отношениях с третьими лицами... Повсеместное вовлечение женщин в деловую жизнь и трудовой процесс привело к тому, что существенные позиции потеряло господствовавшее ранее мнение, согласно которому трудовая занятость женщины, а также то, что ее деятельность не ограничена выполнением своих задач в браке и семье, противоречат естественному разделению обязанностей в брачно-семейных отношениях»⁴⁰³. ФКС ФРГ, опираясь на эволютивный

⁴⁰¹ Так, КС РФ, оценивая установленную законом дополнительную гарантию права собственности для добросовестных приобретателей жилого помещения обратился к подготовительным материалам соответствующего законопроекта. См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 4 июня 2015 года № 13-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 24. Ст. 3548.

⁴⁰² Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Фонд Конрада Аденауэра в Российской Федерации. Отв. редактор К. Кроуфорд. М.: Инфотропик Медиа. 2018. С. 227-229; BVerfGE 48, 327.

⁴⁰³ Там же. С. 229.

подход, в частности – изменение общественного мнения вследствие изменения фактической ситуации, и конституционную норму о равноправии, не затрагивая при этом ее буквальный смысл, по сути, расширил действие данной нормы. При этом в рамках аргументации решения Суд подкрепил апелляцию к изменившемуся общественному мнению относительно традиционных ролей мужчины и женщины обширным приведением дискуссий по данному вопросу из судебной практики и литературы, ссылкой на доклад Федерального правительства о положении женщин на работе⁴⁰⁴.

В 2008 году ФКС ФРГ, используя эволютивный подход, вывел «новое» конституционное право на конфиденциальность и целостность систем информационных технологий⁴⁰⁵. Резолютивная часть решения не стала на тот момент непредсказуемой для общественности, но аргументация «превысила» ожидания. ФКС ФРГ признал, что информационные технологии не только играют важную роль в жизни людей в качестве дополнения к физическому существованию, но и что все большее количество людей «живут» онлайн. Интернет, как указал Суд, стал жизненным пространством, где люди заводят друзей, формируют сообщества и обмениваются информацией, поэтому существующего (на тот период) законодательства недостаточно для адекватной защиты граждан от нарушений со стороны государства в цифровой среде⁴⁰⁶.

Ярко представлена концепция эволютивного подхода в конституционной практике Канады – она именуется доктриной «живого дерева» (англ.: living tree) и предполагает, что конституция рассматривается как нечто живое, что

⁴⁰⁴ BVerfGE 48, 327. Текст на немецком языке доступен по ссылке: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv048327.html> (дата обращения: 04.05.2022).

⁴⁰⁵ Grimm D. Federal Constitutional Court of Germany (Bundesverfassungsgericht). In: Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law. URL: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e528#> (дата обращения: 20.12.2020). Par. 19 (речь идёт о деле BVerfG, NJW 2008, 822). См. также дело 1983 года о праве на информационное самоопределение: BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983, - 1 BvR 209/83 -, Rn. 1-215. URL: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html (доступно также на английском языке) (дата обращения: 20.12.2020).

⁴⁰⁶ Wiebke A., Burkhard S. The German Constitutional Court on the Right in Confidentiality and Integrity of Information Technology Systems – a case report on BVerfG, NJW 2008, 822 // ScriptEd. Vol. 6, issue 1. April 2009. P. 106-123. P. 107, 110, 119-123. См. Также, например, дело «право на забвение»: доступно на английском языке: BVerfG, Order of the First Senate of 6 November 2019 - 1 BvR 16/13 -, paras. 1-157. URL: http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr001613en.html (дата обращения: 10.02.2022).

должно расти и развиваться вместе с обществом. Однако в то же время дерево имеет свои корни, включая оригинальный текст конституции и намерения законодателя⁴⁰⁷. Уже упомянутое ранее дело *Edwards v. Attorney-General for Canada (Persons Case)* 1929 года⁴⁰⁸ часто воспринимается в качестве отправной точки становления доктрины «живого дерева». При этом стоит отметить, что само по себе восприятие доктрины в канадском конституционализме претерпело изменения – и дело не в том, что изменился мета-аргументационный паттерн ориентации на конституционно-правовые социальные изменения, а в том, что конституционная судебная доктрина, как и конституционные нормы, может эволюционировать в своем содержательном наполнении. Так, в *Persons case* речь шла о том, что «Акт о Британской Северной Америке посадил в Канаде живое дерево, способное расти и расширяться в своих естественных пределах...», а в 2004 году в деле *Reference Re Same-Sex Marriage* Верховный Суд Канады указал, что доктрина «живого дерева» конституции является одним из фундаментальных принципов конституционного толкования в Канаде, которому противоречат «замороженные концепции» (англ.: frozen concepts) и что «...Конституция является живым деревом, которое посредством прогрессивной интерпретации учитывает реалии современной жизни и апеллирует к ним»⁴⁰⁹. Разница восприятия заключается *ad minimum* в том, что лорд Санки в *Persons case* писал о том, что конституция дает импульс для роста и развития, и, кроме того, – в «естественных пределах», а в 2004 году Верховный Суд пишет о прогрессивном толковании и росте и жизни самой конституции.

Между тем необходимо отметить, что такая причина для корректировки конституционного регулирования, конституционной доктрины как социальные изменения заключает в себе риски манипулятивного

⁴⁰⁷ Jackson V. C. Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors // Fordham Law Review. Vol. 75. 2006. No. 2. P. 921–960, 943–950.

⁴⁰⁸ Edwards v. Canada (Attorney General), 1929 CanLII 438 (UK JCPC). URL: <https://www.canlii.org/en/ca/ukjpc/doc/1929/1929canlii438/1929canlii438.html> (дата обращения: 10.02.2022).

⁴⁰⁹ Supreme Court of Canada. Reference Re Same-Sex Marriage [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79. Par. 22. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2196/index.do> (дата обращения: 17.12.2020).

использования. В силу емкости подхода каждый раз должны качественной аргументацией подкрепляться выводы о необходимости применения рассматриваемого паттерна и объективности соответствующих социальных перемен.

В литературе⁴¹⁰ в качестве примера использования эволютивного подхода КС РФ чаще всего приводится Постановление от 21 декабря 2005 года № 13-П,⁴¹¹ в котором КС РФ отметил следующее: «поскольку положения Конституции Российской Федерации проявляют свое регулятивное воздействие как непосредственно, так и посредством конкретизирующих их законов в определенной системе правового регулирования, притом в развивающемся социально-историческом контексте, правовые позиции, сформулированные...Конституционным Судом РФ...в результате интерпретации, истолкования тех или иных положений Конституции применительно к проверявшемуся нормативному акту в системе прежнего правового регулирования и имевшей место в то время конституционной практики, могут уточняться либо изменяться, с тем чтобы адекватно выявить смысл тех или иных конституционных норм, их букву и дух, с учетом конкретных социально-правовых условий их реализации, включая изменения в системе правового регулирования».

Указанным Постановлением КС РФ изменил свою прежнюю правовую позицию, сформулированную в Постановлении от 18 января 1996 года № 2-П,⁴¹² признав не противоречащими Конституции РФ положения законодательства, согласно которым гражданин наделяется полномочиями высшего должностного лица субъекта РФ (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта) по

⁴¹⁰ См., например: *Герасимова Е. В.* Эволютивное толкование Конституции Российской Федерации в практике Конституционного суда РФ // Конституция и общественный прогресс. Вторые Прокопьевские чтения. Материалы международной научно-практической конференции. Калининград : Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта, 2019. С. 82–89.

⁴¹¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2006. № 1.

⁴¹² Постановление от 18 января 1996 года № 2-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1996. № 1.

представлению Президента РФ законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ, и сузив тем самым гарантии прямого народовластия.

К основаниям (причинам) использования эволютивного подхода КС РФ отнес изменения в законодательстве, что само по себе возможно, но характер изменений, на которые сослался КС РФ, был политизирован. Также, что усложняет восприятие оснований для использования эволютивного подхода в обозначенном решении, КС РФ фактически применил подход для ограничительного истолкования конституционных положений в их собственной прежней интерпретации⁴¹³. Такое сочетание ограничительного истолкования прав граждан вразрез прежней своей позиции и политического характера правовых изменений, послуживших и поводом для разбирательства, и одновременно причиной для применения эволютивного подхода, сделало постановление КС РФ уязвимым для критики. Представляется, что конституционный суд как орган конституционного контроля не должен ставить себя при осуществлении нормоконтроля в зависимость от проверяемых законодательных изменений. В случае, если такие законодательные изменения суд находит конституционно допустимыми и актуальными, отвечающими изменившимся социальным реалиям, аргументация решения не может сводиться к соблюдению критериев необходимости и объективности изменений посредством отсылки к объективации данных изменений в законодательстве. В такой ситуации требуется *многофакторная оценка* органом конституционного контроля необходимости корректировки конституционного регулирования и объективности причин для нее – прежде всего через подтверждение эмпирическими данными (статистика, данные опросов, зарубежный опыт и т.

⁴¹³ См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ В. Г. Ярославцева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2006. № 1.

д.), а также в дополнение к ним и на их основе с помощью логических, доктринальных, прагматических и морально-этических доводов.

Например, в решении по делу *Trop v. Dulles* Верховный Суд США (что в целом для конституционной практики США по совокупности разных периодов деятельности Верховного Суда считается несвойственным), обосновывая конституционную недопустимость лишения гражданства в качестве наказания, указал среди прочего на соответствующий зарубежный опыт, отметив, что согласно обзорам ООН 84 стран мира, только в двух из стран применяется такая мера наказания, в то время как остальные единодушны в недопустимости данного наказания. Кроме того, Суд, утверждая, что VII Поправка к Конституции США (запрещающая в том числе жестокие и необычные наказания) «должна исходить из меняющихся стандартов порядочности, которые отмечают взросление общества», апеллировал к морально-этическим доводам о зависимости граждан от государства и недопустимости в демократическом обществе подвергать человека состоянию постоянно растущих страха и страданий в позиции безгражданства⁴¹⁴.

Стоит отметить, что в качестве паттерна мета-аргументации эволюция конституционного регулирования вследствие социальных изменений должна подкрепляться фактами в каждом конкретном деле. При этом такую эволюцию можно отследить и на макроуровне на примере изменения вслед за общественным развитием самой практики конституционного правосудия, что в свою очередь может послужить аргументом в соответствующем деле. Иными словами, *изменение позиции органа конституционного правосудия по одному и тому же вопросу в рамках продолжительного периода времени и при условии опоры и на другие аргументы может свидетельствовать о социальных изменениях, требующих конституционно-правового отклика*. Например, по вопросам эвтаназии на мировом уровне на текущий момент не

⁴¹⁴ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/86/> (дата обращения: 03.05.2022). Перевод автора.

сложилось консенсуса, и в рамках одной страны позиция в зависимости от развития медицины, мировых тенденций и т. д. может меняться⁴¹⁵.

Само по себе появление дискуссий и разногласий, тем более находящихся отражение на уровне конституционного или международного правосудия, свидетельствует, как правило, об определенных общественных тенденциях, что должно приниматься во внимание при аргументации соответствующих решений. Тем не менее, необходимо еще раз подчеркнуть, что зафиксированное в практике изменение позиции органа конституционного правосудия (по аналогии с законодательными изменения) не может являться единственным и достаточным доводом, определяющим принятие решения.

Таким образом, на основании данного параграфа можно заключить, что эволюция конституционного регулирования в процессе социальных изменений как паттерн мета-аргументации в конституционном правосудии способствует *обеспечению динамизма* конституционного текста в его широком понимании (то есть включая неcodифицированные конституции, конституционные обычаи и т. д.). Конституционное регулирование одновременно отражает и формирует правопорядок, в связи с чем должно быть приспособлено к адаптации вслед за ключевыми общественными переменами. При этом во избежание манипулятивного использования обозначенный паттерн мета-аргументации должен применяться при условии соблюдения *критериев необходимости корректировки конституционного регулирования и объективности причин для такой корректировки*. В первом случае речь идет о том, что социальные изменения должны достигнуть определенного уровня укоренения в обществе с учетом их продолжительности и конституционно-правовой значимости. Во втором случае предполагается, что социальные

⁴¹⁵ Например, менялась трижды в течение 25 лет по данному вопросу позиция Верховного Суда Индии (признающего на данный момент возможность пассивной эвтаназии). См.: Maruti Shripathi Dubal v. State of Maharashtra, Bom CR (1986) BOMLR 589. URL: <https://indiankanoon.org/doc/490515/> (дата обращения: 04.05.2022); Gian Kaur v. State of Punjab, AIR 946 SCC (2) 881. URL: <https://indiankanoon.org/doc/217501/> (дата обращения: 04.05.2022); Shanbaug v. Union of India & others, (2011) 4 SCC 454. URL: <https://indiankanoon.org/doc/235821/> (дата обращения: 04.05.2022). См. также: Boruah J. Living Tree Doctrine: Role Of Indian Judiciary Against Constitutional Silence In India // RGNUL Student Research Review, vol. 5, issue 1. P. 50-62. P. 57. URL: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://rsrr.in/wp-content/uploads/2020/01/RSRR-Vol-5-Issue-1-FINAL3-61-73.pdf> (дата обращения: 04.05.2022).

изменения должны быть объективными. Такие изменения могут быть с очевидностью объективными (например, для апелляции к событиям, подобным распаду государства, не требуется, как правило, дополнительно обосновывать факт распада, особенно по прошествии времени) либо должны подтверждаться эмпирическими данными (статистика, зарубежный опыт, данные опросов и т. д.) вкупе с логическими, прагматическими (учитывающими последствия), морально-этическими доводами.

Также стоит обозначить, что в любом деле отправной точкой рассуждений остается *конституционный текст*. Эволютивный подход не «враждует» с буквальным толкованием конституции – буквальное прочтение остается базой разрешения спора, но при этом суд учитывает фактические обстоятельства дела, современные социальные условия (включая правосознание, взгляды ученых, имеющиеся технологии, правовые механизмы относительно предметной области спора и т. д.), наполняя конституционные универсалии новым смыслом.

В заключение настоящей главы стоит указать, что в правилах применения специальных паттернов мета-аргументации в конституционном правосудии можно обособить общие черты: во всех случаях органу конституционного контроля надлежит исходить из *необходимости использования того или иного паттерна с учетом фактических и юридических обстоятельств дела, предмета спора (дела), объективности в отношении содержательного наполнения паттерна* (подтверждение эмпирическими данными: документами, статистической информацией, научными исследованиями и т. д.), а также *опоры на конституционный текст* в его широком понимании, поскольку текст конституции остается для конституционного правосудия отправной точкой (посылкой) в любом деле.

Для выполнения обозначенных условий в деятельности органов конституционной юстиции необходим элемент судейского самоограничения, не идущего в ущерб созидательному правовому активизму в аргументации

решений, а ориентирующий на соблюдение правил аргументации для достижения ее цели.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Изучение решений органов конституционного правосудия в качестве объектов теории аргументации является перспективным направлением для дальнейших правовых исследований с использованием помимо прочего междисциплинарного подхода. На сегодняшний день отсутствует в отечественной доктрине единая концепция теории юридической аргументации в целом, а также остается малоисследованной область аргументации решений органов конституционного контроля. Между тем такие решения оказывают значительное влияние на правопорядки соответствующих юрисдикций.

Посредством решений органов конституционной юстиции не только разрешаются конкретные конституционно-правовые споры, но и может преобразовываться конституционное регулирование без внесения изменений непосредственно в текст основного закона. Правовые позиции и используемые органами конституционного контроля аргументативные практики могут развиваться в полноценные судебные конституционно-правовые доктрины, ориентированные на неоднократное применение. При этом подобные доктрины не только способствуют наращиванию, развитию теории конституционного права, но и выступают в качестве реальных механизмов разрешения конституционно-правовых дел, в том числе влияя на ситуации конкретных заявителей. Посредством практики конституционного правосудия могут восполняться пробелы нормативного регулирования. Кроме того, обозначенные решения играют важную роль в современных государствах в обеспечении защиты конституционных прав и свобод личности.

Решения органов конституционного контроля обладают комплексной специфической правовой природой. Она раскрывается через такие их характеристики как принадлежность решений к юридическим текстам

аргументирующего типа, актам правоприменительной практики, судебным актам специальных органов – органов конституционного контроля, юридическим актам квазинормативного характера. Комплексность свойств и черт решений органов конституционного контроля как объектов теории аргументации приводит среди прочего к тому, что аргументация решений не может рассматриваться сквозь призму какого-либо одного подхода к моделированию и осуществлению аргументации.

Ключевыми подходами к осуществлению аргументации можно считать формально-логический, риторический и прагма-диалектический. Каждый из них предполагает соблюдение определенных требований и правил при аргументации решений. Безусловно, вопрос о применении подходов и соответствующих правил с необходимой степенью рефлексии для обоснованного использования ложится на плечи судей и остается в поле судейского усмотрения. Между тем разработка данной темы на доктринальном уровне будет обладать интегративным эффектом в отношении использования указанных подходов в практике конституционного правосудия.

Формально-логический подход «требует», в частности, логичного структурирования аргументации, что предполагает ясность восприятия адресатами, неизменность однажды установленного смысла исходного основания аргумента. Риторический подход ориентирует на аргументацию исходя из ее приемлемости адресатом, прагма-диалектический – предполагает упор на соблюдение заданного алгоритма, процедуры аргументации. Также каждому из обозначенных подходов присуще особое целеполагание соответственно – доказательство истинности тезиса, убеждение аудитории, разрешение конфликта.

В рамках аргументации решений органов конституционного контроля целесообразным видится использование комплексного подхода, основанного на учете требований и правил всех вышеуказанных подходов, принимая во внимание многообразие факторов, подлежащих учету при разрешении соответствующих дел, многоаспектность самой по себе деятельности по

аргументации решений, специфику конституционно-правового регулирования (широта интерпретационного поля конституционных норм, политико-правовой характер регулирования и т. д.).

Цель аргументации решений органов конституционного контроля, заключающаяся в принятии решений аудиторией в качестве рациональных, убедительных, справедливых (с учетом «универсальности» аудитории – от сторон процесса до общества в целом), определяет значимость такой аргументации: она среди прочего способствует разрешению проблемы контрмэжоритарного парадокса через легитимирующую и дисциплинирующую функции аргументации, повышению эффективности конституционного правосудия в контексте исполнения решений.

Аргументация решений органов конституционного контроля *ad minimum* выполняет легитимирующую, политико-формирующую (имея в виду устойчивую практику, формирование правовых позиций суда), дисциплинирующую и познавательно-информационную функции. Представляется, что вычленение функционала аргументации может в практическом значении способствовать судейской ориентации на указанные функции с соответственным более выверенным подбором аргументов.

В аргументации решений органов конституционного правосудия вычленим уровень мета-аргументации, под которой понимаются с точки зрения содержания решений мотивы и исходные основания последующей правовой аргументации решения на основании категории спора, конкретных обстоятельств дела, конституционно-правового регулирования и принципов права. К статическим элементам мета-аргументации (актуальным всегда) относятся когнитивные установки судьи – субъекта аргументации и социокультурный исторический контекст юрисдикции. Динамическими элементами выступают специальные паттерны мета-аргументации в рамках конституционного правосудия: 1) баланс конституционно-правовых интересов и конституционно-правовая пропорциональность ограничения прав

и свобод; 2) конституционная идентичность; 3) эволюция конституционно-правового регулирования в процессе социальных изменений.

Практика конституционного правосудия показывает, что для достижения цели аргументации следует придерживаться при использовании указанных паттернов определенных правил. К условиям опоры на паттерн баланса конституционных интересов и пропорциональности ограничения прав относятся четкое определение предмета конкуренции конституционных ценностей и объема их конституционной охраны на основе соответствующих конституционных норм, наличие конституционно-легитимной цели вмешательства, то есть такой, которая должна следовать из конституции и быть фактически обоснованной и учет тяжести наносимого конституционному интересу, праву, свободе ущерба. Паттерн конституционной идентичности должен применяться исходя из критерия релевантной сферы его применения (столкновение публичных элементов в контексте конкуренции национального и наднационального регулирования или внесения изменений в конституцию), условия об историко-нормативной обоснованности содержательного определения конституционной идентичности (исходя из конституционного текста и релевантных исторических фактов, подтверждаемых эмпирическими данными) и критерия стабильности содержательного определения конституционной идентичности – конституционная идентичность не может определяться *ad hoc*. Правилами использования паттерна эволюции конституционного регулирования в процессе социальных изменений являются критерии необходимости и объективности, предполагающиеся соответственно, что социальные изменения должны достигнуть определенного уровня укоренения в обществе с учетом их продолжительности и конституционно-правовой значимости и что социальные изменения должны подтверждаться эмпирическими данными (статистика, зарубежный опыт, данные опросов и т. д.) вкупе с логическими, прагматическими (учитывающими последствия), морально-этическими доводами.

В отношении применения паттернов мета-аргументации можно обособить общие черты, которые состоят в соблюдении критериев возможности обращения к паттерну в зависимости от категории спора, которая определяется столкновением конституционно-правовых интересов, и необходимости обращения к паттерну с учетом фактических и юридических обстоятельств дела, предмета спора и объективности в отношении содержательного наполнения.

Кроме того, в любом случае конституционный текст остается для конституционного правосудия отправной точкой в любом деле, однако ввиду его относимости одновременно к посылкам аргументации и аргументам он не включается в перечень паттернов мета-аргументации. Представляется, что схематично уровень мета-аргументации в конституционном правосудии может быть представлен следующим образом (рисунок (схема) 1):



Рисунок (схема) 1.

Институциональная и содержательная специфика конституционного правосудия обуславливает актуальность исследования аргументации соответствующих решений. В конечном счете правовая аргументация решений органов конституционной юстиции интегрируется в правовое поле конкретной юрисдикции на уровне правопорядка. В этой связи анализ аргументации решений органов конституционного контроля с позиций теоретического осмысления и практико-ориентированных выводов о путях совершенствования аргументационного выбора судей органов конституционного контроля представляется необходимым направлением исследований.

БИБЛИОГРАФИЯ

Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2020.
2. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // Российская газета, № 55, 16.03.2020.
3. Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Российская газета, № 138 - 139, 23.07.1994.
4. Конституция Соединенных Штатов Америки 1787 года. Текст на английском языке доступен по ссылке: URL: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments.
5. Основной закон Федеративной Республики Германия 1949 года. Текст на английском языке доступен по ссылке: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/.
6. Конституция Южно-Африканской Республики 1996 года. Текст на английском языке доступен по ссылке: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>.
7. Основной закон Венгрии. Текст на английском языке доступен по ссылке: [chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.venice.coe.int%2Fwebforms%2Fdocuments%2Fdefault.aspx%3Fpdf%2Ffile%3DCDL-REF\(2021\)046-e](chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.venice.coe.int%2Fwebforms%2Fdocuments%2Fdefault.aspx%3Fpdf%2Ffile%3DCDL-REF(2021)046-e).

8. Конституция Республики Корея 1948 года. Текст на английском языке доступен по ссылке: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4dd14.html>.
9. Закон о Федеральном Конституционном суде Федеративной Республики Германия (BVerfGG). Текст на английском языке доступен по ссылке: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.html#download=1>.

Судебная практика

1. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 июля 2022 года № 33-П // <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision622002.pdf>.
2. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июня 2022 года № 23-П // Российская газета, № 129, 17.06.2022.
3. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 марта 2022 года № 12-П // Российская газета, № 72, 05.04.2022.
4. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 марта 2022 года № 11-П // Российская газета, № 67, 30.03.2022.
5. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 1 марта 2022 года № 9-П // <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx>.
6. Постановление Конституционного Суда РФ от 01 февраля 2022 года № 4-П // Российская газета, № 30, 10.02.2022.
7. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 мая 2021 года № 24-П // Российская газета, № 132, 17.06.2021.
8. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 27-П от 8 июня 2021 года // Российская газета, № 133с, 19.06.2021.
9. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 5-П от 4 марта 2021 года // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision519249.pdf>.
10. Постановление Конституционного Суда РФ от 20 января 2021 года № 2-П // Российская газета, № 19, 01.02.2021.
11. Заключение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 марта 2020 года № 1-3 // Российская газета, № 56, 17.03.2020.

12. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2020 года № 49-П // <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision507676.pdf>.
13. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 07 июля 2020 года № 33-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 5, 2020.
14. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 мая 2019 года № 21-П // Российская газета. 2019. 7 июня. № 123 (7881).
15. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 мая 2019 года № 20-П // Российская газета, № 117, 31.05.2019.
16. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 09 ноября 2018 года № 39-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 1, 2019.
17. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 июня 2018 года № 25-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 5, 2018.
18. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2017 года № 2-П // Российская газета, № 41, 28.02.2017.
19. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 октября 2017 г. № 25-П // Собрание законодательства Р Ф. 2017. № 45. Ст. 6735.
20. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 января 2017 № 1-П // Собрание законодательства РФ, 30.01.2017, № 5, ст. 866.
21. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 января 2016 года № 1-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 3, 2016.
22. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2016 № 12-П // Собрание законодательства РФ, 25.04.2016, № 17, ст. 2480.
23. Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 1 июля 2015 года № 18-П // <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx>.
24. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 мая 2015 года № 9-П // Российская газета, № 110, 25.05.2015.

25. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 апреля 2015 года № 8-П // Российская газета, № 89, 27.04.2015.
26. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 12 марта 2015 года № 4-П // Российская газета, № 65, 30.03.2015.
27. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 4 июня 2015 года № 13-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 24. Ст. 3548.
28. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 № 21-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 30. Ст. 4658.
29. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2012 года № 34-П // Собрание законодательства РФ. 2013. № 1. Ст. 78.
30. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 05 декабря 2012 года № 30-П // Российская газета, № 292, 19.12.2012.
31. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 июля 2012 года № 20-П // Российская газета, № 180, 08.08.2012.
32. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 мая 2012 года № 12-П // Собрание законодательства РФ, 28.05.2012, № 22, ст. 2921.
33. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 5 июня 2012 года № 13-П // Собрание законодательства. 2012. № 24. Ст. 3256.
34. Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 27 марта 2012 года № 8-П // <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx>.
35. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2011 года № 29-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 1, 2012.
36. Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 20 апреля 2010 года № 9-П // <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx>.
37. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2010 года № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 3, 2010.

38. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 мая 2008 года № 8-П // Собрание Законодательства РФ. 2008. № 24. Ст. 2892.
39. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 июня 2006 г. № 8-П // Российская газета, № 152, 14.07.2006.
40. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 апреля 2006 года № 4-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 18. Ст. 2058.
41. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2005 № 13-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2006. № 1.
42. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 декабря 2004 года № 18-П // Российская газета, № 286, 24.12.2004.
43. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 6 апреля 2004 года № 7-П // Российская газета, № 77, 14.04.2004.
44. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29 января 2004 года № 2-П // <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx>.
45. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 мая 2001 года № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ. № 5. 2001. С. 68–77, 75.
46. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2000 года № 11-П // Российская газета, № 128, 04.07.2000.
47. Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 24 мая 2001 года № 8-П // <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx>.
48. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 ноября 2000 года № 15-П // Российская газета, № 239, 19.12.2000.
49. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 01 декабря 1999 года № 17-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 6, 1999.
50. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 ноября 1998 № 26-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 1, 1999.

51. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 1998 года № 19-П // Российская газета, № 121, 30.06.1998.
52. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 111-П от 06 апреля 1998 года // Российская газета, № 77, 21.04.1998.
53. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 апреля 1996 года № 10-П // Российская газета, № 83, 05.05.1996.
54. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 января 1996 № 2-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1996. № 1.
55. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 апреля 1995 года № 3-П // Российская газета, № 87, 05.05.1995.
56. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25 ноября 2020 года № 2662-О // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202003260023?rangeSize=20>.
57. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 апреля 2019 года № 854-О // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201904040002>.
58. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июля 2016 года № 1358-О // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201607220009>.
59. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июля 2015 года № 1789-О // URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71089048/>.
60. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 19 ноября 2009 г. № 1344-О-Р // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации, № 1, 2010.
61. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 июля 2007 года № 633-О-П // Собрание Законодательства РФ. 2007. № 46. Ст. 5642.

62. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2006 года № 444-О // URL: <https://rg.ru/documents/2006/12/31/zhaloba.html>.
63. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 5 ноября 1998 года № 134-О // Российская газета. 1998. 19 ноября.
64. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 08 октября 1998 года № 118-О // СПС «Консультант Плюс».
65. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2010 года № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 3, 2010.
66. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.Г. Ярославцева к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2005 № 13-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2006. № 1.
67. Обзор практики Конституционного Суда Российской Федерации за первый квартал 2020 года. URL: http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Generalization/Documents/Information_1_2020.pdf.
68. Обзор судебной практики Верховного суда Российской Федерации № 1 (2020). Утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 10 июня 2020 г. URL: <http://www.supcourt.ru/documents/practice/28993/>.
69. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137, 177 (1803). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>.
70. House of Lords. *Quinn v. Leatham* [1901] A.C. 495, 506.
71. *Edwards v. Canada (Attorney General)*, 1929 CanLII 438 (UK JCPC). URL: <https://www.canlii.org/en/ca/ukjcpc/doc/1929/1929canlii438/1929canlii438.html>.

72. BVerfGE 7, 377 ff., Az. 1 BvR 596/56. Решение на английском языке доступно по ссылке: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=657>.
73. BVerfGE 7, 198 – Lüth. URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51>.
74. Peterson v. City of Greenville, 373 U.S. 244 (1963). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/244/>.
75. Постановление Конституционного трибунала Республики Польша от 11 февраля 1992 года (К 14/91).
76. South African Constitutional Court. Hoffmann v. South African Airways. 28 September 2000. Case № CCT 17/00. URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/17.html>
77. Obergefell v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et Al. 576 U.S. 644 (2015). URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.
78. 49/5/A/2005 WYROK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04. URL: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20050860744/T/D20050744TK.pdf>.
79. Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973) SC 1461, 1492. URL: https://indiankanoon.org/doc/257876/?__cf_chl_tk=G31dl_ugRHewIxyWqtgy1O1kUGoLCPjVJ3nxMPdUZ8-1648148357-0-gaNycGzNCVE.
80. BVerfG. 2 BvR 2735/14. Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015. Решение доступно на английском языке: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514en.html.
81. Решение Верховного суда Индии от 12 мая 2011 года С.А. No.-008170-008170 / 2009.

82. Supreme Court of Canada. Reference Re Same-Sex Marriage [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2196/index.do>.
83. European Court of Human Rights. Dudgeon v. the United Kingdom. Application. No. 7525/76. Judgment of 22 October 1981. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Dudgeon%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57473%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Dudgeon%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57473%22]}).
84. Constitutional Court of Hungary. Decision 22/2016 (XII. 5.) AB.
85. Missouri V. Holland, 252 U.S. 416 (1920). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/252/416/>.
86. Mcculloch V. Maryland, 17 U.S. 316 (1819). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/#Tab-Opinion-1918126>.
87. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.pdf>.
88. BVerfG. 1 BvL 14/76. Urteil vom 21. Juni 1977 // BVerfGE Bd. 45. S. 187. URL: <https://openjur.de/u/60105.html>.
89. BVerfGE 48, 327.
90. BVerfGE 89, 155. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html>.
91. BVerfG, NJW 2008, 822.
92. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983, - 1 BvR 209/83 -, Rn. 1-215. URL: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html.
93. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020. 1 BvQ 28/20, Rn. 1-16. URL: http://www.bverfg.de/e/qk20200410_1bvq002820.html.
94. Czech Republic Constitutional Court. Judgment 2012/01/31 - PL. ÚS 5/12: Slovak Pensions. Pp. 13-14. Доступно на английском языке по ссылке: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F>

%2Fwww.usoud.cz%2Ffileadmin%2Fuser_upload%2Fustavni_soud_www%2FDecisions%2Fpdf%2FP1%2520US%25205-12.pdf&cLen=345314&chunk=true.

95. Constitutional Court of Hungary. Decision of 30 November 2016 22/2016 (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law. URL: chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.europeanrights.eu%2Fpublic%2Fsentenze%2FUngheria_30novembre2016.pdf&cLen=407102&chunk=true.

96. BVerfG, Order of the First Senate of 6 November 2019 - 1 BvR 16/13 -, paras. 1-157. URL: http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr001613en.html.

97. Opinion of Advocate General P. Cruz Villalón delivered on 14 January 2015. Case C-62/14 Peter Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag.

98. BVerfGE 27, 1. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv027001.html>.

99. BVerfG 123, 267. Решение от 30 июня 2009 г. 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 // Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Фонд Конрада Аденауэра в Российской Федерации. Отв. редактор К. Кроуфорд. М.: Инфотропик Медиа. 2018. С. 905-916.

100. Shilubana and Others v. Nwamitwa (CCT 03/07) [2008] ZACC 9; 2008 (9) BCLR 914 (CC); 2009 (2) SA 66 (CC) (4 June 2008). URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/9.html>.

101. Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/#tab-opinion-1958037>.

102. Spence v. Washington, 418 U. S. 405, 418 U. S. 409-411 (1974). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/405/>.

103. Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/>.

104. Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>.

105. Adkins V. Children's Hosp., 261 U.S. 525 (1923). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/>.
106. West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/>.
107. United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/1/>.
108. Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (2005). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/469/>.
109. BVerfGE 107, 299 // Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Фонд Конрада Аденауэра в Российской Федерации. Отв. редактор К. Кроуфорд. М.: Инфотропик Медиа. 2018. С. 517-522.
110. Constitutional Court of South Africa. Coetzee v. Comitis & Others 2001 (1) SA 1254 (C), 2001 (4) BCLR 323 (C).
111. Constitutional Court of South Africa. S v. Walters & Another 2001 (2) SACR 471 (Tk), 2001 (10) BCLR 1088 (Tk).
112. Constitutional Court of South Africa. Makinana & Others v. Minister of Home Affairs & Another.
113. Constitutional Court of South Africa. Keelty & Another v. Minister of Home Affairs & Another 2001 (6) BCLR 581, 607A–D (C).
114. HCJ 5016/96 Horev v. The Minister of Transportation, IsrSC 51(4) 1 (1997). URL: https://hamoked.org/files/2014/2980_eng.pdf.
115. HCJ 5510/92 Turkeman v. Minister Of Defense // International Law Reports. Ed. By Andrew Oppenheimer, C. J. Greenwood, Elihu Lauterpacht, Karen Lee. UK, Cambridge University Press, 2007.
116. HCJ 3477/95 Ben-Atiyah v. Minister Of Education, Culture & Sports // International Law Reports. Ed. By Andrew Oppenheimer, C. J. Greenwood, Elihu Lauterpacht, Karen Lee. UK, Cambridge University Press, 2007.

117. CA 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village* (1995).
Выжимка решения доступна на английском языке по ссылке:
<https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>.
118. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, No. 366. URL:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/494/case.html>.
119. *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939). URL:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/147/#tab-opinion-1936439>.
120. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). URL:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>.
121. *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/393/503/>.
122. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). URL:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/319/>.
123. *Wilkinson v. Austin*, 545 U.S. 209 (2005). URL:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/209/>.
124. 90 BVerfGE 241 (1994). Решение на немецком языке доступно по ссылке:
<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090241.html>.
125. *Coetzee v. Comitis & Others* 2001 (1) SA 1254 (C), 2001 (4) BCLR 323 (C).
126. *S v. Walters & Another* 2001 (2) SACR 471 (Tk), 2001 (10) BCLR 1088 (Tk).
127. *Makinana & Others v. Minister of Home Affairs & Another*.
128. *Keelty & Another v. Minister of Home Affairs & Another* 2001 (6) BCLR 581, 607A–D (C).
129. H CJ 5016/96 *Horev v. The Minister of Transportation*, IsrSC 51(4) 1 (1997).
URL: <https://marriage-il.com/hcj-5016-96-lior-horev-and-oth-v-the-minister-of-transportation-13-04-1997>.
130. H CJ 5510/92 *Turkeman v. Minister Of Defense*.
131. H CJ 3477/95 *Ben-Atiyah v. Minister Of Education, Culture & Sports*.

132. CA 6821/93 United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village (1995).
Выжимка решения доступна на английском языке по ссылке:
<https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>.
133. Judgment of the Spanish Constitutional Court No 236/2007, 7 November 2007. URL:
<http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>.
134. Modern Dental College & Res.Cen. & ... vs. State Of Madhya Pradesh & Ors on 2 May, 2016. URL: <https://indiankanoon.org/doc/93572510/>.
135. R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>.
136. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020. 1 BvQ 28/20, Rn. 1-16. URL:
http://www.bverfg.de/e/qk20200410_1bvq002820.html.
137. S v. Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening) (CCT25/99) [2000] ZACC 5; 2000 (3) SA 1; 2000 (5) BCLR 491 (14 April 2000). URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/5.html>.
138. BVerfG, Urteil vom 22.05.1990 - 2 BvG 1/88. URL:
<https://openjur.de/u/210392.html>.
139. Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958). URL:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/86/>.
140. Maruti Shripathi Dubal v. State of Maharashtra, Bom CR (1986) BOMLR 589. URL: <https://indiankanoon.org/doc/490515/>.
141. Gian Kaur v. State of Punjab, AIR 946 SCC (2) 881. URL:
<https://indiankanoon.org/doc/217501/>.
142. Shanbaug v. Union of India & others, (2011) 4 SCC 454. URL:
<https://indiankanoon.org/doc/235821/>.
143. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania. On the Compliance of the Provisions of the Republic of Lithuania's Law on Referendums with the

Constitution of the Republic of Lithuania. 11 July 2014, No. Kt36-N10/2014. URL: <https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta859/content>.

144. B. H. And K. M. v. Easton Area School District. URL: <https://casetext.com/case/bh-v-easton-area-sch-dist-2>.

145. Решение Конституционного Суда Латвийской Республики от 25 июня 2020 года № 2019-24-03. Доступно на языке оригинала по ссылке: [https://www.satv.tiesa.gov.lv/cases/?search\[number\]=2019-24-03](https://www.satv.tiesa.gov.lv/cases/?search[number]=2019-24-03).

146. President of the Republic of South Africa v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd. 2005 5 SA 3 (CC). Доступно на английском языке по ссылке: <https://www.escribnet.org/caselaw/2006/president-republic-south-africa-and-anor-v-modderklip-boerdery-pty-ltd-40-2005-5-sa-3>.

147. Решение № 15 Конституционного Суда Республики Болгария от 17 ноября 2002 года. Доступно на языке оригинала по ссылке: <http://www.constcourt.bg/bg/Acts/GetHtmlContent/871b6834-64cd-47b3-9fbd-5a9fc570a96d>.

148. United Kingdom House of Lords. Opinions of the Lords of appeal for Judgment in the cause Regina v. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebeline and Others. 28 October 1999 // United Kingdom House of Lords Decisions. 1999. P. 43. URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/kabel-1.htm>.

149. Supreme Court of Connecticut. Moore v. Moore. Decision released May 17 1977 // Connecticut Supreme Court Decisions. 1977. Vol. 173. P. 120. URL: <https://law.justia.com/cases/connecticut/supreme-court/1977/173-conn-120-2.html>.

150. United States Supreme Court. Boyd v. United States, 116 US 616 (1886) // URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>.

Диссертационные исследования, авторефераты

1. Александрова М. М. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник российского права. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва, 2017.
2. Аничкин Е. С. «Преобразование» Конституции Российской Федерации и развитие конституционного законодательства в конце 20-начале 21 вв. Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. д-ра. юрид. наук. Тюмень, 2010.
3. Бойко Т. С. Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2017.
4. Вайпан Г. В. Принцип пропорциональности в современном международном праве. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва. 2017.
5. Герасимова А. А. Функции судебной власти в механизме современного российского государства. Автореф. дисс. к. ю. н. Саратов. 2012.
6. Должиков А. В. Соразмерность как общеправовой принцип в конституционном правосудии России (на примере основных социальных прав). Дисс. на соискание ученой степени д. ю. н. Санкт-Петербург, 2022.
7. Карасева И. А. Конкуренция конституционных ценностей в практике Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных судов зарубежных стран. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва, 2014.
8. Комшукова О. В. Стратегии легитимации решений Конституционного суда России: обоснование по политически значимым делам. Дисс. на соискание ученой степени к. полит. наук. Москва. 2021.
9. Кряжкова О. Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: вопросы теории и практики. Автореф. дисс. к. ю. н. Москва. 2004.
10. Лисанюк Е. Н. Логико-когнитивная теория аргументации. Дисс. на соискание ученой степени д. ф. н. Санкт-Петербург. 2015.

11. Малютин Н. С. Судебное толкование нормативных правовых актов в Российской Федерации: конституционно-правовой аспект. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Москва, 2016.
12. Рудт Ю. А. Баланс конституционных ценностей в доктрине конституционного права и практике органов конституционной юстиции Российской Федерации. Дисс. на соискание ученой степени к. ю. н. Барнаул, 2019.
13. Тарибо Е. В. Доктрины Конституционного Суда Российской Федерации в сфере налогообложения (теоретический и практический аспекты). Автореф. дисс. к. ю. н. Москва. 2005.

Монографии, сборники статей, учебные пособия, аналитические материалы

1. Авакьян С. А. Конституционное право России: учеб. пособие: В 2 т. 7-е изд., перераб. и. доп. Т. 1. М. : Норма: ИНФРА-М, 2022.
2. Алексеев А. П. Аргументация. Познание. Общение. М.: Издательство Московского университета. 1991.
3. Бондарь Н. С., Джагарян А. А. Глава 7. Конституционное правосудие как институт обеспечения прямого действия конституции Российской Федерации. В: Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М.: ИЗиСП, НОРМА, ИНФРА-М, 2017.
4. Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М. : Норма, Инфра-М, 2011.
5. Брюшинкин В. Н. Системная модель аргументации. В: Трансцендентальная антропология и логика: Труды международного семинара «Антропология с современной точки зрения» и VIII Кантовских чтений / Калинингр. ун-т – Калининград, 2000. С. 133-155.

6. Валгина Н. С. Теория текста. Учебное пособие. М.: Логос, 2003.
7. Василевич Г. А. Современное конституционное нормотворчество и правоприменение как фактор консолидации российского общества. С. 70-81. С. 75-76. В: Конституция и модернизация законодательства: материалы XV Международной школы-практикума молодых ученых юристов (Москва, 27 мая – 5 июня 2020 г.) / А.Я. Капустин, И.И. Кучеров, С.А. Синицын, А.И. Ковлер, Ю.Н. Кашеварова и др.; пред. ред. кол. Т.Я. Хабриева. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИД «Юриспруденция», 2020.
8. Васильева Т. А. Конституционализация права как средство обеспечения эффективности правового регулирования // Эффективность правового регулирования : монография / под общ. ред. А.В. Полякова, В.В. Денисенко, М.А. Беляева. М. : Проспект. 2017. С. 92–105.
9. Власенко Н. А., Власенко А. Н. Судебная власть и судебная деятельность в Российской Федерации. М., 2005.
10. Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики. М., 1988.
11. Герасимова Е. В. Эволютивное толкование Конституции Российской Федерации в практике Конституционного суда РФ // Конституция и общественный прогресс. Вторые Прокопьевские чтения. Материалы международной научно-практической конференции. Калининград: Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта, 2019. С. 82–89.
12. Гринева М. С. Фрейминг как средство стратегического маневрирования в аргументативном дискурсе. В: Научные труды Калужского государственного университета имени К. Э. Циолковского. Материалы докладов гуманитарных секций региональной университетской научно-практической конференции. Сер. «Гуманитарные науки» 2017. 2017. Калуга:

ФБГОУ ВПО «Калужский государственный университет им. К. Э. Циолковского». С. 385-392.

13. Гук П. А. Судебный прецедент: теория и практика. М.: Юрлитинформ, 2009.

14. Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования / пер. с нем. Б.А. Кистяковского. СПб. : Изд. юрид. кн. скл. «Право», 1907.

15. Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Фонд Конрада Аденауэра в Российской Федерации. Отв. редактор К. Кроуфорд. М.: Инфотропик Медиа. 2018.

16. Информация Конституционного Суда Российской Федерации. Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации). Одобрено решением Конституционного Суда Российской Федерации от 19 октября 2021 года. URL: chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Aspects2021.pdf.

17. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М. : Статут. 2011.

18. Кашанина Т. В. Юридическая техника: учебник. 2-е изд., пересмотр. М.: Норма: ИНФРА-М. 2011.

19. Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях: учебное пособие. М. : URSS, КРАСАНД, 2015.

20. Козлов С. В. О концептуальном анализе понятия легитимность // Вестник ТвГУ. Серия «Философия». № 1. 2014. С. 26-34.

21. Колотова Н. В. О «горизонтальном» действии прав человека. С. 150-157. В: Верность Конституции. Материалы Всероссийской научно-практической конференции, посвященной 80-летию со дня рождения Н. В. Витрука. Под ред. В. Корнева. Litres, 2019.

22. Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. М. : Эксмо, 2010.
23. Конституционные принципы и пути их реализации: российский контекст: аналитический доклад / Под ред. А.Н. Медушевского. М.: Институт права и публичной политики, 2014. С. 55-75.
24. Конституционные ценности: содержание и проблемы реализации. Материалы Международной научно-теоретической конференции 4–6 декабря 2008 г. В2-хт. Т. 1. Под ред. Н. В. Витрука, Л. А. Нудненко. М.: Российская академия правосудия, 2010.
25. Конституционный Суд России: осмысление опыта: монография / Медушевский А.Н., Гриценко Е.В., Кененова И. П. и др.; под общ. Ред. А. Н. Медушевского. Москва: Центр конституционных исследований, 2022.
26. Котельникова Л.А, Рузавин Г.И. Системный подход к процессу убеждения и аргументации. В: Теория и практика аргументации. Под ред. Герасимовой И. А. РАН. Институт философии. М., 2001.
27. Кузина Е. Б. Теория и практика аргументации: учебник. Москва: Проспект, 2021.
28. Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М.: Городец; Формула права, 2006.
29. Леонов И. В. Эволюция термина «паттерн» в культурологическом знании: от понятия к научной категории. В: Актуальные вопросы культурологии: сборник научных трудов. Выпуск 20 / под общ. ред. С. С. Чернова. Новосибирск: Издательство НГТУ, 2011.С. 41-48.
30. Лучин В. О., Доронина О. Н. Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации. М.: Закон и право; ЮНИТИ, 1998.
31. Парадигмы юридической герменевтики: монография / под общ. ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2017.

32. Стратегии судебного толкования и принципы права: учебное пособие / Е. В. Тимошина, Н. С. Васильева, А. А. Краевский, В. Е. Кондуров, Д. А. Сошникова; под ред. Е. В. Тимошиной. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2022.
33. Сергеев В. М. Когнитивные модели в исследовании мышления: структура и онтология знания. В: Интеллектуальные процессы и их моделирование / Под ред. Е.П. Велихова и А. В. Чернавского. М.: Наука, 1987. С. 179-195.
34. Соболева А. К. Топическая юриспруденция. М. : Добросвет, 2002.
35. Спиркин А. Г. Философия: Учебник. 2-е изд. М.: Гардарики, 2004.
36. Степин В. С. Теоретическое знание. М.: Прогресс-Традиция. 1999.
37. Хабриева Т. Я. Избранные труды: в 10 т. Т. 2: монографии. Содерж.: Конституционный контроль. Правовая охрана Конституции. Теория современной конституции. М., 2018.
38. Хартвиг М. От диалога к диспуту? Конституционное право vs. Европейской Конвенции по правам человека – на примере Российской Федерации. В: Дайджест публичного права. Выпуск 6, номер 2, 2017. С. 129-201.
39. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). Перевод с венгерского / Шайо А. М.: Юристъ, 2001.
40. Шапиро О. А. Аргументативные паттерны электронной текстовой культуры // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Философия. Политология. Культурология. Том 5 (71). 2019. № 3. С. 30-41.
41. Шапиро С. Законность / пер. с англ. С.Коваль; под науч. ред. А. Павлова. М., 2021. С. 394–395.
42. Шустров Д. Г. Прирученный Левиафан: государство как объект конституционно-правового регулирования : монография. СПб. : Издательский дом «Алеф Пресс», 2014.

43. Alexey R. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 1978.
44. Alexy R. Theory of constitutional rights. Oxford University Press, 2010.
45. Amaiquema J.A.F. National Constitutional Identity in the European Union and the Principle of Primacy: LL.M. Final Thesis in Natural Resources and International Environmental Law. 2015. URL: <https://www.semanticscholar.org/paper/National-Constitutional-Identity-in-the-European-of-Amaiquema/38dde23b2db878cb642314c3eefc8e03a737fa3d>.
46. András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzcovich. MTA Law Working Papers 2015/9. CONREASON – The Comparative Constitutional Reasoning Project. Methodological Dilemmas and Project Design. Magyar Tudományos Akadémia / Hungarian Academy of Sciences Budapest.
47. Bobbit P. Constitutional Fate: Theory of the Constitution. New York: Oxford University Press. 1982.
48. Chemerinsky E. Interpreting The Constitution. New York : Praeger, 1987.
49. Comparative Constitutional Reasoning. Edited by András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzcovich. Cambridge University Press. 2017.
50. Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives. Edited by Rosenfeld M. Duke University Press. 1994.
51. Dworkin R. Law's Empire. Cambridge, Massachusetts : Belknap Press, 1986.
52. Dzehtsiarou K. (n.d.). Legitimacy of the Court and legitimacy of its judgments. In: European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, 143–176.
53. European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission). The role of the constitutional court in the consolidation of the rule of law. Bucharest, 8-10 June 1994.
54. Feteris E. T. Fundamentals of Legal Argumentation. Argumentation Library. 2017.

55. Finocchiaro Maurice A. *Meta-Argumentation: An Approach to Logic and Argumentation Theory*. In: Finocchiaro M. A. London: College Publications, 2013.
56. Starger C. *Constitutional Law and Rhetoric* // (February 15, 2015). 18 U. Pa. J. Const. L 1347, May 2016; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2016-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2480481>.
57. *Gender Equality And Women's Empowerment: Constitutional Jurisprudence*. Academic Paper. May 2017. UN Women. Available at: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/gender-equality-and-womens-empowerment-constitutional-jurisprudence.pdf>.
58. Grimm D. *Federal Constitutional Court of Germany (Bundesverfassungsgericht)* In: *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. URL: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e528#>.
59. *International Law Reports*. Ed. By Andrew Oppenheimer, C. J. Greenwood, Elihu Lauterpacht, Karen Lee. UK, Cambridge University Press, 2007.
60. Jacobsohn G. J. *Constitutional Identity*. Harvard University Press. 2010.
61. *Judicial Law-Making In European Constitutional Courts*. Ed. by Monika Florczak-Wątor. 1st Edition. 2020. Routledge. London.
62. Komárek J. *Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011. London School of Economics and Political Science. Law Department. P. 3-7.
63. Kreide R. *Politica globale e diritti umani. Potenza e impotenza di un strumento politico*. Torino : Trauben, 2010.
64. L. Stebbing. *Modern Introduction to Logic*. Methuen; 7Rev Ed edition. 1930.
65. M. Cohen and E. Nagel. *An Introduction to Logic*. Harcourt, Brace. 1934.
66. McBain H.L. *The Living Constitution: A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law*. New York : The Bureau Press, 1927.

67. Menachem Mautner. *Law and the Culture of Israel*. Oxford University Press, 2011.
68. Mesonis G. *Judicial Activism in the Context of the Jurisprudence of the Constitutional Court // Judicial Activism of a Constitutional Court in a Democratic State*. Proceedings of the 2016 Conference of the Constitutional Court of the Republic of Latvia. Riga : Constitutional Court of the Republic of Latvia, 2016. P. 342–361.
69. Michael T. Cox, Anita Raja, Ashok K. Goel. *Metareasoning: Thinking About Thinking*. The Mit Press. March 18, 2011.
70. Perelman Ch. *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*. Dordrecht, Holland : Dr. Reidel, 1980.
71. Prakken H. *Logical Tools for Modelling Legal Argument*. Law and Philosophy Library. 1997.
72. Prisacariu M. R. *The Predictability of Romanian Constitutional Court Decisions and the Political «Migration» of Parliamentarians*. URL: <https://ssrn.com/abstract=2597715>.
73. *Reasonableness and Law*. Ed. By Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor, Chiara Valentini. Springer, Netherlands, 2009.
74. Sajó A. *National Identity and the European Court of Human Rights: Margin of Appreciation or Populism á la carte? // ICON's Conference materials. Courts, Power, Public Law. Copenhagen 5-7 July 2017*. URL: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Ficon-society.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2017%2F07%2F170630-ICON-S-Conference-2017-Programme-1.pdf&cld=6169471&chunk=true>.
75. Starger C. *Constitutional Law and Rhetoric // (February 15, 2015)*. 18 U. Pa. J. Const. L 1347, May 2016; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2016-02.
76. Strauss David A. *The Living Constitution*. Oxford University Press; 1st Edition. May 19, 2010.

77. Tindale C. W. Rhetorical Argumentation: Principles of Theory and Practice. SAGE Publications (Kindle Edition), 2004.
78. Villata Serena & Boella Guido & Van der Torre Leon. Argumentation Patterns // 8th International Workshop on Argumentation in Multi-Agent Systems. 2011. URL: https://www.researchgate.net/publication/267712085_Argumentation_Patterns.
79. Žalimas D. Fundamental Values as an Inviolable Core of the Constitution. P. 58-70. P. 65. In: Constitutional Values in Contemporary Legal Space I 16–17 November, 2016. Collection of Research Papers in Conjunction with the 6th International Scientific Conference of the Faculty of Law of the University of Latvia.

Статьи, опубликованные в периодических печатных изданиях

1. Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. Пб.: ООО «Универ. издат. консорц. «Юридическая книга»», 2011. С. 446-456. Перевод с нем. Антонова М. В.
2. Аничкин Е. С., Ряховская Т. И. «Конституционная идентичность»: к вопросу о конкретизации термина // Вестник Томского государственного университета. Право. 2019. № 446. С. 196-201.
3. Аничкин Е. С. Преобразование Конституции Российской Федерации: сущность и причины // Вестник Томского государственного университета. 2009. № 323. С. 202–206.
4. Антонов М. В. О теории конституционного толкования Мишеля Тропера и о его споре с Отто Пферсманном // Научный поиск. Т. 1. 2015. № 3. С. 17–22/
5. Афанасьев С. Обзор правовых позиций в постановлениях Конституционного Суда России // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 3. С. 148-160.

6. Афанасьев С. Обзор правовых позиций в постановлениях Конституционного Суда России // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 2. С. 144-153.
7. Б. Тремблей Л. Легитимность судебного контроля: границы диалога между судами и органами законодательной власти // Сравнительное конституционное обозрение. № 2 (55). 2006. С. 119-136.
8. Белов С. А. Обязанность следовать собственным прецедентам в практике конституционных судов Западной Европы // Журнал конституционного правосудия. 2018. № 5(65). С. 20–21.
9. Белов С. А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве? // Правоведение. 2014. № (316). С. 224-236.
10. Белов С. А. Ценности российской Конституции в тексте и в практике её толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4 (131). С.68-83.
11. Белослудцев О. Теоретико-правовая природа концепции конституционной идентичности // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 3 (142). С. 39–62.
12. Блохин П. Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6 (127). С. 62–81.
13. Бондарь Н. С., Джагарян А. А. Прямое действие Конституции: генерация и гарантирование конституционным правосудием // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 3. С. 52-78.
14. Бондарь Н. С. Конституционные ценности – категория действующего права (в контексте практики Конституционного Суда России) // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 6. С. 1-11.
15. Бондарь Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права, 2007, № 4. Доступ через СПС «Консультант Плюс».

16. Брюшинкин В. Н. Когнитивный подход к аргументации // РАЦИО.ru. 2009. № 2. С. 2-22.
17. Брюшинкин В. Н. О двойной роли риторики в системной модели аргументации // РАЦИО.ru. 2010. № 3. С. 3-14.
18. Васильева Т. А. Суд ЕС и конституционные суды государств — членов Европейского Союза в поисках конституционной идентичности // Труды Института государства и права РАН. 2019. Том 14. № 2. С. 32-58.
19. Васильева Т. А. Принцип уважения национальной идентичности государств - членов ЕС: проблемы интерпретации // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 6. С. 9-12.
20. Воскресенский Ф. А., Тимченко А. В. Ожидания российского общества от правосудия: поможет ли цифровизация? // Российский журнал правовых исследований. Том 6, № 4 (21) 2019. С. 108-120.
21. Гаджиев Г. А. О судебной доктрине конституционной идентичности // Судья. 2017. № 12. С. 31-35.
22. Грачева С. А. Развитие концепта конституционной идентичности в связи с поиском подходов к разрешению конвенционно-конституционных коллизий и конфликтов // Журнал российского права. 2018. № 9. С. 52 – 64.
23. Гриценко Е. В. Пределы нормотворчества Конституционного Суда России // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. Сер. 14. Вып. 2. 2012. С. 24-33.
24. Гриценко Е. В. Формирование доктрины прямого действия конституции в российском конституционном праве // Государство и право. 2015. № 6 С. 5-18.
25. Джавакян Г. З. Принцип разумной сдержанности в конституционном правосудии: самоограничение или самоустранение? // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 6. С. 54-61.

26. Джагарян А. А. Дружественный Конституционный Суд - для дружественного права: к вопросу о роли *amicus curiae* // Закон. 2021. № 2. С. 83-91.
27. Джагарян А. А. Исправленному верить? Субъективные заметки в связи с Заключением Конституционного Суда РФ от 16 марта 2020 г. N 1-3 // Конституционное и муниципальное право. 2020. № 8. С. 9-17.
28. Должиков А. В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. №4 (113). С. 125–151.
29. Должиков А. В. Влияние конституционных прав на российскую правовую систему // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 6. С. 109-120.
30. Должиков А. В. Конституционное требование правомерной цели // Российская юстиция. 2021. № 7. С. 14–29; № 8. С. 39–52.
31. Жмакина Т. В. Прагма-диалектическая концепция аргументации как эффективный инструмент анализа и оценки аргументативного политического дискурса // «Вышэйшая школа»: навукова-метадычны і публіцыстычны часопіс. 2019. № 2. С. 43-47.
32. Зорькин В. Д. Конституционная идентичность России: доктрина и практика: Доклад на международной конференции в Конституционном Суде Российской Федерации (Санкт-Петербург, 16 мая 2017 года) // Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства. 2017. № 12. С. 7-30.
33. Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права, 2004, № 12. Доступ через СПС «Консультант Плюс».
34. Зубрикова В. С. Понятие и правовая природа баланса частных и публичных интересов в конституционном регулировании // Известия Алтайского Государственного Университета. Юридические Науки. 2018, № 6 (104). С. 74-78.

35. Казак Е. С. Глобальный конституционализм: проблемы и перспективы // Современный конституционализм: теория, доктрина и практика, 2013. С. 130-145.
36. Карасева И. А. Злоупотребление правом как одна из причин мнимой конкуренции конституционных ценностей // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 7. С. 9-13.
37. Книпер Р. Интерпретация, аналогия и развитие права: деликатное разграничение судебной и законодательной властей (перевод с немецкого Л. Шатберашвили) // Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан. 2007. № 4 (8). С. 11-17.
38. Князев С. Д. Конституционный Суд в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 5-13.
39. Кокотов А. Н. О правотворческом содержании решений Конституционного Суда Российской Федерации // Российская юстиция. 2014. № 4. С. 21–24.
40. Кокотов А. Н. О прямом действии Конституции Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 12. С. 1511-1516. Доступ через СПС «Консультант Плюс».
41. Комиссарова Е.Г. Формально-логические аспекты понятия «правовая природа» // Вестник Пермского ун-та. Сер. «Юрид. Науки». 2012.
42. Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение, № 3 (82), 2011. С. 59-81.
43. Кравец И. А. Господство права как универсальная ценность и многообразие конституционной идентичности // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2020. Т. 11. Вып. 4. С. 813–851.
44. Кривцова И. С. Идеализированный объект как компонент научной теории (терминологический аспект) // Ученые записки Крымского

- федерального университета имени В. И. Вернадского. Юридические науки. Том 26(65). № 2-1 (Ч. 1). 2013. С. 68-74.
45. Крючкова С. Е. Теория аргументации: когнитивный подход // Вестник Университета (Государственный университет управления). 2013. № 13. С. 219-222.
46. Кряжкова О. Н., Рудт Ю. А. Расстановка мест слагаемых в решениях конституционных судов: почему сумма меняется? // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 5. С. 120-135.
47. Лебедев С. А. Проблема субъекта и объекта в научном познании // Вестник ТвГУ. Серия «Философия». 2016. № 1. С. 19-26.
48. Леоненко Н. Т. Феномен «живой конституции» и статус главы государства // Российский юридический журнал. 2019. № 3. С. 63 – 74.
49. Малюгин С. В. Категория «правовая природа»: понятие, детерминанты, основные характеристики и подходы к определению // Российский юридический журнал. 2016. № 3. С. 46-58.
50. Медушевский А. Н. Глобальный конституционализм - теория мирового правового порядка или новая политическая идеология? // Historia Provinciae - Журнал региональной истории. 2020. Т. 4. № 3. С. 974-1019.
51. Мигунов А. И., Лисанюк Е. Н. Теория аргументации: конкуренция современных исследовательских подходов // ВЕСТНИК РФФИ. Гуманитарные и общественные науки. 2018. № 1. С. 77-87.
52. Митюков М. А. Акты Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов Федерации: общая характеристика и статистический анализ // Журнал российского права. 2001. № 6.
53. Митюков М. А. О преобразовании Конституции Российской Федерации // Право и Власть. 2001. № 1. с. 105 – 112.
54. Морщакова Т. Г. Разграничение компетенции между Конституционным Судом и другими судами Российской Федерации // Вестник КС РФ. 1996. № 6. С. 22-31.

55. Оксана Оноприенко. КС запретил отказывать ВИЧ-инфицированным усыновлять детей только на основе диагноза // <https://www.advgazeta.ru/novosti/ks-zapretil-otkazyvat-vich-infitsirovannym-usynovlyat-detey-tolko-na-osnove-diagnoza/>.
56. Остапович И. Ю. Судебные органы конституционного контроля как «негативный законодатель» в современной практике зарубежных стран // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. № 4 (53). 2015. С. 569-576.
57. Петров А. А. Правовые суперпозиции Конституционного Суда Российской Федерации: постановка проблемы // Российский юридический журнал. 2021. № 4. С. 7 – 19.
58. Подоплелова О. Г., Степанов Д. И. Добросовестные приобретатели против недобросовестного государства: дело Александра Дубовца в Конституционном Суде России. Комментарий к Постановлению от 22 июня 2017 года № 16-П // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 6. С. 101-114.
59. Политюк А. П. Риторический поворот в теории аргументации // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. Серия: Гуманитарные и общественные науки. 2013. Вып. 12. С. 112-119.
60. Попова Ю. Конституционная идентичность государства в условиях интернационализации конституционного права // Азиатско-Тихоокеанский регион: экономика, политика, право. 2018. № 4. С. 28–38.
61. Пресняков М. В. Конституционная аксиология: к вопросу о сущности конституционных ценностей // Современное право. 2009. № 10. URL: <https://cutme.site/L3S89> (дата обращения: 14.07.2021).
62. Розин В. М. Понятия «предмет» и «объект» (методологический анализ) // Вопросы философии. 2012. № 11. С. 85-96.

63. Сергеев А.А. Источники российского права: вопросы классификации и некоторые тенденции развития // Российский юридический журнал. 2017. № 5. С. 9-17.
64. Тарибо Е. В. Неписанные нормы и правила в судебной деятельности // Судья. Декабрь 2022. С. 17-22.
65. Тарибо Е. В. Судебно-конституционная доктрина «факультативности налоговых льгот»: пределы применения // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 2. С. 10-17.
66. Тимошина Е. В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2016. № 2. С. 50–61.
67. Токарев В. Эволюция представлений о «хранителе конституционной идентичности» в юридической науке (XVIII–XX вв.) // Российское право онлайн № 1. 2020. С. 20-26.
68. Толстых В. Л. Конституционное правосудие и принцип пропорциональности // Российское правосудие. 2009. № 12 (44). С. 47-56.
69. Третьяк И. А. Разрешение конституционных конфликтов как проявление конституционной идентичности государства // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2021. № 5 (142). С. 63-75.
70. Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2 (105). С. 45-69.
71. Троицкая А., Храмова Т. Некоторые вопросы не имеют ответов, или Дело о прерывании беременности // Международное правосудие. 2021. № 1 (37). С. 13–42. С. 30-37.
72. Троицкая А., Храмова Т. Основы основ: экспрессивный и функциональный потенциал конституционных устремлений // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1 (122). С. 54–79.

73. Тропер М. Конституционное толкование / пер. с фр. М.В. Антонова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 88–103.
74. Туманов Д. К вопросу о применении Конституции Российской Федерации в случае пробелов в праве, а также о роли Конституционного Суда Российской Федерации в выявлении таких пробелов // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 6. С. 6-10.
75. Уитц Р. Изобретение новой Венгрии в пылу революции: Декларация национального сотрудничества как руководство для читателя по Основному закону 2011 года // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 1 (128). С.42–60.
76. Ульбашев А. Х. Природа судейской деятельности в России // Российский судья. 2019. № 11. С. 58-64.
77. Урошлева А. С. О свободе собраний в пандемию: аргументы в решениях органов конституционного контроля на примерах Германии и США // Конституционное и муниципальное право. № 4. 2022. С. 61-68.
78. Урошлева А. С. О специфике решений органов конституционного правосудия в контексте их аргументации // Конституционное и муниципальное право. № 12. 2021. С. 62-69.
79. Урошлева А. С. Обоснование решений органов конституционного правосудия: «на подступах» к риторическому подходу // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 5 (132). С. 55–71.
80. Урошлева А. С. Эволютивный подход в аргументативной практике конституционного правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. № 139 (6). 2020. С. 87-112.
81. Усманова Е. Ф. Понятие и функции юридической аргументации // Современные научные исследования и инновации. 2015. № 1-3. С. 31-32.
82. Ф. ван Еемерен, П. Хоотлоссер. Аргументация и разумность о поддержании искусного баланса в стратегическом маневрировании // Мысль: журнал петербургского философского общества. 2006. № 1. Т. 6. С. 7-22.

83. Филимонова М.В. Пределы действия постановлений КС РФ как герменевтических актов норм гражданского процессуального права // Вестник гражданского процесса. 2014. № 6. С. 56-70.
84. Хабриева Т. Я. Конституционная реформа в России: в поисках национальной идентичности // Вестник Российской Академии Наук. 2020. Т. 90, № 5. С. 403–414.
85. Хизанишвили Д. В. Особенности когнитивного подхода к аргументации: аспекты моделирования // Известия Уральского федерального университета. Сер. 3, Общественные науки. 2014. № 4 (134). С. 155-163.
86. Червонюк В. И. Преобразование конституции и конституционный порядок // Вестник Московского Университета МВД России. 2013. № 6. С. 49-52.
87. Чирнинов А. М. Убедить нельзя принудить: цель и функции конституционно-судебной аргументации // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. №4 (143). С. 68–96.
88. Чуева Д. И. Однополые браки в США и России: подходы к регулированию сквозь призму судебного толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 3. С. 92–102.
89. Шлинк Б. Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных прав и общественных ценностей // Сравнительное конституционное обозрение, № 2 (87), 2012. С. 56-76.
90. Шустров Д. *Essentia constitutionis*: Конституция Российской Федерации в фокусе теорий конституции XX–XXI веков. Часть 1 // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4 (119). С. 124-141.
91. Щербик Д. В. Принципы права и преемственность в праве // Вестник Полоцкого государственного университета. № 13. 2013. С.113-117.
92. Яковлева М. Г. Функции социологической информации в журналистских публикациях предвыборной тематики // Теория СМИ и

массовой коммуникации. Выпуск № 2. 2014 г. Доступно по ссылке:
<http://www.mediascope.ru/1546>.

93. Andrea Lollini. The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law // *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 2. 2012. PP. 55-87.

94. Anna Śledzińska-Simon. Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland // *International Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 1, January 2015. PP. 124–155.

95. Bomhoff J. Balancing, The Global And The Local: Judicial Balancing As A Problematic Topic In Comparative (Constitutional) Law // *Hastings International & Comparative Law Review*, Vol. 31, No. 2 – Summer 2008. P. 1-33.

96. Brkan M. The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core // *European Constitutional Law Review*, 14(2), 2018. P. 332-368.

97. Chandra Aparna. Proportionality in India: A Bridge to Nowhere? // *University of Oxford Human Rights Hub Journal*, Vol. 3(2), 2020. P. 55-86.

98. Coan A. Living Constitutional Theory // *Duke Law Journal Online*. Vol. 66, June, 2017. P. 99-115.

99. Danwood M. Ch. The horizontal application of constitutional rights in a comparative perspective // *Law, Democracy and Development*. Volume 10 (2). 2006. P. 21-48.

100. Dyevre A., Jakab A. Foreword: Understanding Constitutional Reasoning // *German Law Journal*. Vol. 14. 2013. No. 8. P. 983–1015.

101. Faraguna P. Taking Constitutional Identities Away from the Courts // *Brooklyn Journal of International Law*. Vol. 41, 2. P. 491-578.

102. Federico Fabbrini, András Sajó. The dangers of constitutional identity // *European Law Journal*. Volume 25, Issue 4. July 2019. Pp. 457-473.

103. Finocchiaro Maurice A. Godden David M. Deep disagreements: A meta-argumentation approach // O SSA Conference Archive. 31. 2011. University of Windsor.
104. Friedman A. Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence // 44 Suffolk University Law Review 873. February 1, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1817753>.
105. Gardbaum S. The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights // Michigan Law Review. Vol. 102. 2003. No. 3. P. 387-459.
106. Gardbaum S. Where the (State) Action Is // International Journal of Constitutional Law. Vol. 4. 2006. No. 4. P. 760-779.
107. Garver E. Narrative, Rhetorical Argument, and Ethical Authority // Law and Critique 10. 1999. P. 117–146.
108. Gillman H. The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the “Living Constitution” in the Course of American State-Building // Studies in American Political Development. Vol. 11. 1997. No. 2. P. 191-247.
109. Gray, John Chipman. “Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence” // Harvard Law Review, vol. 9, no. 1, 1895, pp. 27-41.
110. Greene J. Pathetic Argument in Constitutional Law // Columbia Law Review. Vol. 113. No. 6. 2013. PP. 1389- 1481.
111. Gregory C. Sisk, Michael Heise, Andrew P. Morriss. Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning // New York University Law Review. Vol. 73, No. 5. 1998. PP. 1377-1500.
112. Grimm D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence // University of Toronto Law Journal. Vol. 57. 2007. No. 2. P. 383–397.
113. Halmai G. The Evolution and Gestalt of the Hungarian Constitution // URL: chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://me.eui.eu/wp-content/uploads/sites/385/2018/09/IPE_Hungary_English_Halmai.pdf.

114. Halmai Gábor. National(ist) constitutional identity? : Hungary's road to abuse constitutional pluralism // *EUI LAW*. 2017/08. URL: <http://hdl.handle.net/1814/46226>.
115. Halper T. Logic In Judicial Reasoning // *Indiana Law Journal*. 1968. Vol. 44: Iss. 1, Article 2. P. 33-48.
116. Harold J. Krent. The Private Performing The Public: Delimiting Delegations To Private Parties // *University of Miami Law Review*, vol. 65, number 2, 2011. PP. 507-554.
117. Herz M. Choosing Between Normative and Descriptive Versions of the Judicial Role // *Marquette Law Review*. Vol. 75. Issue 4. Summer 1992. P. 725-765.
118. Hovhannisyan H., Djidjian R. Building A General Theory Of Meta-Argumentation // *Metaphilosophy*. 48 (3). April 2017. P. 345–354.
119. J. Harvie Wilkinson III. The Role of Reason in the Rule of Law // *The University of Chicago Law Review*. Vol. 56, No. 2. The Federal Court System (Spring, 1989), pp. 779-809.
120. Jackson V. C. Constitutional Law in an Age of Proportionality // *The Yale Law Journal*, vol. 124, no. 8, 2015. URL: <http://www.yalelawjournal.org/feature/constitutional-law-in-an-age-of-proportionality>.
121. Jackson V. C. Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors // *Fordham Law Review*. Vol. 75. 2006. No. 2. P. 921-960.
122. Jacobsohn G. J. Constitutional Identity // *The Review of Politics*. Vol. 68. 2006. No. 3. P. 361 – 397.
123. Kakhi Samkharadze. Consideration of Competence Disputes in the Constitutional Court, as the Principal Constitutional Mechanism for the Realization of Power Division Principle // *Journal of Law*, vol. 2, 2018. P. 162-181.
124. Klatt M. (2015). Balancing competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts // *Global Constitutionalism*, 4(2), 195-226.

125. Kucherenko P., Klochko E. The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument In Constitutional Judicial Practice // Russian Law Journal, 2019. No. 7 (4). P. 99-124.
126. Kucherenko P., Klochko E. The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument in Constitutional Judicial Practice // Russian Law Journal. 2019. № 7 (4). P. 99–124.
127. Kurt M. Saunders. Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument // Journal of Legal Education, Vol. 44, No. 4 (December 1994), pp. 566-578.
128. Michael J. Gerhardt. The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory // 60 George Washington Law Review. 1991. Faculty Publications. P. 68-159.
129. Miller Jeffrey G. Evolutionary Statutory Interpretation: Mr. Justice Scalia Meets Darwin // Pace Law Review, vol. 20, issue 2, Spring 2000. P. 409-429.
130. Möller K. Proportionality: Challenging the critics // International Journal of Constitutional Law. 2012. Vol. 10 No. 3. P. 709–731.
131. Murrill Brandon J. Modes of Constitutional Interpretation // Congressional Research Service. March 15, 2018. P. 1-25. URL: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fsgp.fas.org%2Fcrs%2Fmisc%2FR45129.pdf&clen=765598&chunk=true>.
132. N. Petersen. The German Constitutional Court and legislative capture // International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 3, July 2014, P. 650–669.
133. Or Bassok, Yoav Dotan, Solving the countermajoritarian difficulty? // International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 1, January 2013. P. 13–33.
134. Posner A. R. The Meaning of Judicial Self-Restraint // Indiana Law Journal. Vol. 59 : Iss. 1, Article 1. 1983. P. 1-24.
135. Rehnquist W.H. The Notion Of A Living Constitution // Harvard Journal Of Law & Public Policy. Vol. 29. 2006. No. 2. P. 401–416.

136. Review by J. Anthony Blair. By Maurice A. Finocchiaro *Studies in Logic, Logic and Argumentation*, Vol. 42. London: College Publications, 2013 // *Informal Logic*, Vol. 34, No. 2. 2014. P.219-239.
137. Rosenfeld M. The Problem of “Identity” in Constitution-Making and Constitutional Reform // Working Paper. 2005, no. 143.
138. Stone Sweet A., Mathews J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // Yale Law School Faculty Scholarship Series, 2008. Paper 14.
139. Tridimas T., Gentile G. The Essence of Rights: An Unreliable Boundary? // *German Law Journal*, № 20, 2019. P. 794–816.
140. Troitskaya A. The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the Russian Constitutional Court // *Review of Central and East European Law*. 2021. Volume 46. Issue 2. P. 203–233.
141. Tushnet M. The Issue of State Action / Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 1. 2003. No. 1. P. 79-98.
142. Van Eemeren F. H. Identifying Argumentative Patterns: A Vital Step in the Development of Pragma-Dialectics // *Argumentation* 30. 2016. PP. 1–23.
143. Voßkuhle A. Preface to the German Law Journal’s Constitutional Reasoning Special Edition // *German Law Journal*. 2013. Vol. 14, no. 8. P. 979-982.
144. Wiebke A., Burkhard S. The German Constitutional Court on the Right in Confidentiality and Integrity of Information Technology Systems – a case report on BVerfG, NJW 2008, 822 // *ScriptEd*. Vol. 6, issue1. April 2009. P. 106-123.
145. William P. Marshall. Progressive Constitutionalism, Originalism, And The Significance Of Landmark Decisions In Evaluating Constitutional Theory // University Of North Carolina School Of Law Carolina Law Scholarship Repository. *Ohio State Law Journal*. 2011. Vol. 72: 6. PP. 1251-1276.
146. Yun-chien Chang & Peng-Hsiang Wang. The Empirical Foundation of Normative Arguments in Legal Reasoning // Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No. 745. 2016. PP. 1-23.

147. Ziller Jacques. Solange III (or the Bundesverfassungsgericht's, Europe Friendlyness). On the Decision of the German Federal Constitutional Court Over the Ratification of the Treaty of Lisbon (September 17, 2009). *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, pp. 973-995, May 2009. Доступно по ссылке: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1474698>.

Интернет-ресурсы

1. СПС «ГАРАНТ». URL: <http://www.consultant.ru/>.
2. СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.garant.ru/>.
3. Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>.
4. Электронная библиотека SSRN. URL: <https://www.ssrn.com>.
5. Электронная библиотека eLibrary.Ru. URL: <https://www.elibrary.ru/defaultx.asp>.
6. Электронная библиотека ИФ РАН. URL: <https://iphlib.ru/library>.
7. Официальный сайт Конституционного Суда Российской Федерации. URL: <http://www.ksrf.ru>.
8. Официальный сайт Верховного Суда США. URL: <https://www.supremecourt.gov/>.
9. Официальный сайт Верховного Суда ЮАР. URL: <https://www.supremecourtofappeal.org.za/>.
10. Официальный сайт Федерального конституционного суда ФРГ. URL: <https://www.bundesverfassungsgericht.de>.