

АНАЛОГИЯ, ВЗВЕШИВАНИЕ И ДЕДУКЦИЯ В СТРУКТУРЕ СЛЕДОВАНИЯ ПРЕЦЕДЕНТУ*

С. А. МАНЖОСОВ**

Методологию обоснования судебных решений в контексте прецедентного права принято объяснять с помощью понятия «рассуждение по аналогии» (или «аналогическая аргументация»), обычно преподносимого как специфический метод правоприменения, характерный именно для прецедентов. Средства дедуктивной логики, в свою очередь, считаются основным инструментом применения нормативных правовых актов, таких как закон, а специфику применения конституции как источника постоянно конфликтующих друг с другом правовых норм наивысшей степени абстрактности видят в процедуре взвешивания. Ригоризм подобной «теории особого метода» вынуждает искать разъяснения структуры следования прецеденту без использования понятий дедукции и взвешивания. Однако такой подход до сих пор оставался чрезвычайно непродуктивным: понятие «рассуждения по аналогии» остается, по общему признанию, все еще слишком смутным и загадочным. В статье предпринимается попытка дать первичный анализ структуры следования прецеденту с иных позиций, предполагающих методологическое единство процесса правоприменения. Основу анализа составляет теория «открытой текстуры» правовых норм, предложенная Г. Л. А. Хартом. Автор приходит к выводу, что аналитическая схема следования прецеденту, получаемая в результате реконструкции этой интеллектуальной процедуры, включает в себя последовательность трех различных мыслительных операций, одну из которых вполне уместно именовать аналогией, имея при этом в виду полисемичность данного термина. Эти базовые операции — аналогия, взвешивание и дедукция — существуют в рамках применения любой нормы права, вне зависимости от ее формально-юридического источника. В ходе изложения автор намечает направления дальнейшего развития и уточнения предложенного подхода.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: прецедент, *stare decisis*, аналогия, дедукция, взвешивание, пропорциональность, судебная методология, юридическая аргументация.

MANZHOSOV S. A. ANALOGY, WEIGHING, AND DEDUCTION IN THE STRUCTURE OF THE FOLLOWING PRECEDENT

Methodological features of justification of judicial decisions in the context of precedential law are often characterized through the use of the notion of “reasoning by analogy” (or “analogical argumentation”) usually represented as a particular method of the application

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-01136 «Доктрина прецедента в конституционном и международном правосудии».

** Манжосов Сергей Анатольевич, магистр юриспруденции, аспирант, Санкт-Петербургский государственный университет.

Sergei A. Manzhosov — Master of Law, PhD student, St. Petersburg State University.

E-mail: sergey.manzhosoff@gmail.com

© Манжосов С. А., 2018

УДК 340.142

<https://doi.org/10.21638/11701/spbu25.2018.208>

of a law which is distinctive for precedents. In its turn, deductive logic is considered as a basic tool of application of statutes, and the procedure of weighing is taken to represent the specificity of application of constitution as a source of permanently conflicting legal norms of the utmost level of abstraction. The rigor of this “theory of a special method” makes many scholars seek a clarification of the structure of the following precedent, which would be without the use of notions of deduction and weighing. However, this approach has proven unavailing: it is generally accepted that the notion of “reasoning by analogy” still remains too vague and mysterious. This paper tries to give a primary analysis of the structure of the following precedent from the other side, under the premise of the methodological universality of the process of application of the law. The “open texture” theory advanced by H. L. A. Hart is the cornerstone for this analysis. The author comes to the conclusion that the analytical scheme of following precedent resulting from the reconstruction of this intellectual procedure consists of a sequence of three different mental operations, one of which is appropriate to designate as “analogy”, though bearing polysemy of the term in mind. These basic operations — analogy, weighing, and deduction — are effected in the course of application of any legal norm, regardless of its source. On the basis of the inquiry’s findings, the author outlines the possible further development of the proposed approach.

KEYWORDS: precedent, *stare decisis*, analogy, deduction, weighing, proportionality, judicial method, legal reasoning.

Введение. В юридической науке издавна ведется спор о том, могут ли решения высших судов считаться источником права. Среди российских правоведов эта дискуссия получила развитие в основном вокруг вопроса о прецедентном характере решений Конституционного Суда РФ¹. Особенный интерес вызывает так называемый горизонтальный аспект действия прецедента, под которым понимается обязательность прецедентов высшего суда для него самого². Некоторые судьи Конституционного Суда РФ придерживаются мнения, что этот Суд, может быть, даже «больше, чем другие суды, должен полагаться на свои же правовые позиции, т. е. «следовать решенному»»³.

В то же время замечено, что за спором об обязательности прецедента юристы стран континентальной Европы, в отличие от их англо-американских коллег, практически не уделяют внимания методологии прецедентного права⁴. Это делает неясным сам предмет дискуссии о юридической силе

¹ Обзор высказанных точек зрения см. в: Белов С. А., Кудряшова О. А. Заимствование моделей конституционного контроля в правовой системе России // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 6. С. 35–38.

² Вертикальный аспект, в свою очередь, означает обязательность прецедента для нижестоящих судов.

³ Арановский К. В., Князев С. Д. Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // Известия вузов. Правоведение. 2012. № 4. С. 65. — Под «следовать решенному» имеется в виду используемое в науке для обозначения доктрины прецедента словосочетание *stare decisis*, происходящее от латинского выражения *stare decisis et non quieta movere*, что в переводе на русский язык означает «стоять на решенном и не отступать от устоявшихся положений».

⁴ См., напр.: *Vogenauer S. Sources of Law and Legal Method in Comparative Law* // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. New York, 2012. P. 895.

прецедента. Что именно вменяется суду в обязанность? Какое влияние доктрина прецедента должна оказывать на методологию принятия судебных решений?

Принято считать, что отличительной чертой прецедентного права является обоснование решений посредством рассуждений по аналогии⁵. В связи с этим судья Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиев в качестве одной из первоочередных задач российской юриспруденции называет освоение методики судебной аналогической аргументации⁶. Задача эта выглядит нелегкой: по признанию зарубежных специалистов в области теории аргументации, в весьма обширной литературе об аналогии как способе обоснования едва ли можно обнаружить фундаментальное согласие по поводу того, какую форму имеют аналогические аргументы и как их следует оценивать⁷. Некоторые ученые отвергают причастность аналогии к доктрине прецедента, полагая, что корректнее было бы рассматривать следование прецеденту как рассуждение посредством примера, а не аналогии⁸. И даже более того: что использование аналогий и подчинение прецеденту — понятия принципиально противоположные⁹.

Обнаруживая такое различие взглядов по поводу этого, казалось бы, ключевого понятия, важно не упустить из виду первоначальную задачу: прояснение логической структуры следования прецеденту. Необходима выработка теории, которая давала бы предельно ясное описание мыслительного процесса, осуществляемого судьями в ходе принятия решения по делу в условиях, когда этому решению, как и всем предшествующим, придается значение прецедента. Достичь такой ясности можно за счет глубокого аналитического разложения данного процесса на некоторые более простые мыслительные операции. Это также позволит выяснить роль аналогий в следовании прецеденту.

⁵ Как замечает Руперт Кросс, «принцип *stare decisis* заставляет судей прибегать к методу рассуждения по аналогии, поскольку необходимость разрешать сходные дела сходным образом распространяется на аналогичные решения, принятые в прошлом» (Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. Т. В. Апаровой; под общ. ред. Ф. М. Решетникова. М., 1985. С. 43). Ср.: «Для решения вопроса о том, следовать ли ранее установленному прецеденту или считать дело юридически отличающимся от ранее установленного прецедента, суду каждый день приходится прибегать к простому обоснованию по аналогии» (Бернам У. Правовая система США / науч. ред. В. А. Власихин; пер. с англ. А. В. Александров и др. Вып. 3. М., 2006. С. 149).

⁶ Гаджиев Г. А. Решения высших судов России как общественный капитал // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2015. № 1. С. 12.

⁷ Macagno F., Walton D. Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories // Philosophy and Rhetoric. 2009. Vol. 42, no. 2. P. 155.

⁸ См., напр.: Перельман Х., Олбрехт-Тытека Л. Из книги «Новая риторика: трактат об аргументации» / пер. с франц. Т. Л. Ветошкиной // Язык и моделирование социального взаимодействия: переводы / сост. В. М. Сергеева и П. Б. Паршина; под общ. ред. В. В. Петровой. М., 1987. С. 208, 229.

⁹ Schauer F. F.: 1) Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning. Cambridge; London, 2009. P. 85–91; 2) Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy // Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives / ed. by C. Dahlman, E. Feteris. Springer, 2013. P. 45–56.

Весьма вероятно, что разнообразие мнений по поводу механизма действия прецедента, в том числе по вопросу о роли аналогий, означает существование не одной, а сразу нескольких теоретически возможных моделей прецедента как руководства для принятия решений. Уясняя понятие следования прецеденту, мы тем самым определяем его противоположность — отступление от прецедента, допустимое далеко не всегда. В результате одно и то же судебное решение может рассматриваться как пренебрежение доктриной прецедента в рамках одной модели и как полностью корректное решение — в другой. Принятие той или иной модели прецедента — это выбор определенной перспективы, угла зрения, от которого зависит оценка действий суда. Такой выбор должен быть обоснован, в связи с чем необходимо выяснить основные черты, достоинства и недостатки всех возможных моделей. Сказанное еще раз подчеркивает, что, лишь выполнив тщательнейший дескриптивный анализ следования прецеденту, можно будет перейти к обоснованию самой доктрины прецедента как системы нормативных положений, составляющих часть судебной методологии.

Настоящая статья предназначена дать начала такого анализа. Для этого мы будем отталкиваться от некоторых, как представляется, самоочевидных истин. Разумеется, в науке всякая очевидность может быть подвергнута испытанию, и нередко это приводит ученых к очередной версии радикального скептицизма по поводу познаваемости предмета исследования. Однако судить о правильности избранного пути предостаточно лишь позднее, когда станет возможным решаемое сопоставление выработанной в ее завершеном виде концепции с иными, в том числе радикально скептическими, взглядами.

Следование прецеденту как следование правилу: значение идей Г. Л. А. Харта. В отношении судебного прецедента необходимо иметь в виду два очевидных обстоятельства. Во-первых, судебный прецедент — это текст. Сегодня мы почти всегда имеем возможность ознакомиться с текстом решения, который был составлен самим судом. На заре прецедентного права юристам приходилось довольствоваться неофициальными отчетами о состоявшихся решениях. Так или иначе, в качестве правового феномена прецедент, каким мы его знаем, возможен лишь в виде текста — не случайно даже в Англии доктрина прецедента получила признание только в XIX столетии, когда запись судебных отчетов сложилась в цельную систему¹⁰. Во-вторых, значимость судебного прецедента в установлении содержания объективного права, в отличие от судебного решения, не наделенного статусом прецедента, выходит за пределы конкретного дела, в котором состоялось это решение. Прецедент не является сугубо партикулярной «максимой», в нем обязательно содержится нечто универсально применимое, некий, если продолжать использовать терминологию Канта,

¹⁰ О связи между судебными отчетами и доктриной прецедента см.: Уолкер Р. Английская судебная система / пер. с англ. Т. В. Апаровой; отв. ред. Ф. М. Решетников. М., 1980. С. 155–156.

«всеобщий закон». Для обозначения подобных общих указаний по поводу того, как следует решать будущие дела, юриспруденция оперирует известными терминами: норма, правило. Именно вследствие наличия нормы, которая была бы применима в отношении неопределенного множества конкретных ситуаций, прецедент принято включать в число источников права — наряду с конституцией и законом. Если бы из прецедента нельзя было вывести правило общего характера, то он не мог бы служить в качестве юридического руководства.

Приведенные констатации позволяют утверждать, что следование прецеденту — это прежде всего следование правилу, применение нормы, которая приняла более или менее эксплицитную языковую форму. Отсюда становится ясной необходимость обращения к более общей теории следования правилу, по отношению к которой теория следования прецеденту будет выступать лишь частным случаем. Заметим, что такое представление о прецеденте сразу позволяет дать ответ на вопрос о критериях релевантного сходства дел. Возьмем дефиницию, которая дается в теории права: «Судебный прецедент — это правовой текст... представляющий часть судебного решения по конкретному делу, содержащую информацию о сформулированном судом правиле, которое интерпретируется как *общезначимая* и *общеобязательная* норма поведения... в том числе для судов при решении аналогичных дел»¹¹. Дела считаются аналогичными, когда между ними есть «релевантное сходство», но именно понятие релевантного сходства вызывает столь серьезные затруднения в его концептуальном осмыслении, что вся сила аналогических аргументов — а за ней и следование прецеденту в целом, когда в основу теории кладется понятие аналогии, — начинает казаться чем-то мистическим и не поддающимся научному анализу¹². Для теории следования прецеденту как следования правилу никакого принципиального затруднения на этом этапе нет: поскольку прецедент содержит общую норму, постольку именно она и должна сообщить в своей гипотезе, какие факты будущего (нового) казуса являются значимыми. Ведь именно так мы понимаем релевантность фактов, когда речь идет о более понятном континентальному юристу применении эксплицитно выраженной нормы закона: факты являются релевантными, если таковыми их определяет гипотеза нормы. Надо полагать, следование правилу остается таковым вне зависимости от того, где это правило выражено.

Ничего революционного в самой попытке осмыслить следование прецеденту как следование правилу на самом деле нет. Напротив, положение дел в англо-американской юриспруденции в настоящее время таково, что теоретический взгляд, согласно которому прецеденты функционируют по-

¹¹ Архипов В. В., Поляков А. В., Тимошина Е. В. Адаптация опыта систем прецедентного права к российской правовой системе: к постановке проблемы // Известия вузов. Правоведение. 2012. № 3. С. 117.

¹² См. по этому поводу: Brewer S. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy // Harvard Law Review. 1996. Vol. 109, no. 5. P. 933; Weinreb L. L. Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument. New York, 2005. P. 32–33.

средством установления (и последующего применения) правил, характеризуется его оппонентами как принадлежащий к числу «ортодоксальных»¹³ и «общепринятых»¹⁴. В то же время обращение к понятию правила еще не дает исчерпывающей ясности, поскольку само нуждается в разъяснении.

Юридической науке известны несколько теорий следования правилу, дающих различное описание этого отличительного феномена человеческого мышления и поведения, человеческой культуры в целом. Со второй половины XX в. господствующей теорией на этот счет считается теория «открытой текстуры» правовых норм, выдвинутая классиком аналитического правоправедения Гербертом Хартом, основное сочинение которого, «Понятие права» (1961), стало, по общему признанию, рубежом и основанием современной англо-американской юриспруденции¹⁵, по сей день занимая в ней центральное место¹⁶. Общефилософским фундаментом этой теории выступает «лингвистическая философия» Людвиг Витгенштейна¹⁷.

Из теории Харта вытекает, что следование прецеденту является частным случаем следования правилу и что в этом смысле нет принципиальной методологической разницы в применении закона и прецедента к конкретным случаям. Нельзя сказать, что применение закона осуществляется посредством дедукции, а применение прецедента — посредством аналогии. Роль дедукции в праве вообще весьма ограничена: «Дедуктивное мышление... не может служить моделью, согласно которой должен действовать судья или любой другой правоприменитель, подводя конкретные дела под действие общей нормы»¹⁸. В связи с этим, говоря о нормах права, Герберт Харт замечает: «...их применение в конкретных случаях... не может быть делом логической дедукции»¹⁹, ибо «логика не содержит предписаний относительно толкования терминов; она не дает ни глупого, ни умного определения высказываний. Логика лишь гипотетически говорит, что если вы дадите определенному термину определенное толкование, последует определенный вывод. По поводу того, как следует классифицировать частности, логика молчит, а ведь в этом и заключается

¹³ *Levenbook B. B.* The Meaning of a Precedent // *Legal Theory*. 2000. Vol. 6, no. 2. P. 185.

¹⁴ *Lamond G.* Do Precedents Create Rules? // *Legal Theory*. 2005. Vol. 11, no. 1. P. 1.

¹⁵ *Касаткин С. Н.* «Постскрипtum» к «Понятию права» Герберта Л. А. Харта // *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 753.

¹⁶ *Лайтер Б.* За пределами спора Харта и Дворкина: проблема методологии в юриспруденции // *Российский ежегодник теории права*. 2009. № 2. С. 117.

¹⁷ Относительно связи построений Харта с философией позднего Витгенштейна см.: *Касаткин С. Н.* Проблема следования правилу: Харт и Витгенштейн // *Антропология права: философский та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*. Львів, 2012. С. 256–276. — Анализ и оценку теории Харта в свете выдвинутых против нее возражений см. также в: *Касаткин С. Н.* Проблема нормативных оснований судебного решения: концепция правовой неопределенности Г. Харта и ее критики // *Антропология права: философський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*. Львів, 2013. С. 220–240.

¹⁸ *Харт Г. Л. А.* Позитивизм и разграничение права и морали // *Известия вузов. Правоведение*. 2005. № 5. С. 117.

¹⁹ Там же.

сущность судебного решения»²⁰. Даже располагая достоверным эмпирическим (или обоснованным нормативным) положением «все *S* являются (должны быть) *P*», об объекте или ситуации нельзя заключить ничего до тех пор, пока они не будут подвергнуты соответствующей категоризации, т. е. включены в эту общую категорию *S*²¹.

Выясняя механизм «классификации частных случаев», Харт исходит из того, что в отношении текстов закона и прецедента мы не можем заранее устранить ту фундаментальную неопределенность («открытую текстуру») терминов, с помощью которых мы выражаем образцы поведения — общие нормы. Любая правовая норма предполагает некоторый бесспорный пример ее применимости. Харт использует понятие «ясный случай». Если рассматриваемое судом дело очевидно похоже на этот ясный случай, то и о нем самом можно сказать, что оно является ясным, попадает в сферу семантического ядра нормы. Однако обстоятельства иных ситуаций могут располагаться на периферии значений общего термина, в так называемой зоне полутени, где должная степень очевидности словоупотребления (и, соответственно, применимости нормы) отсутствует. Такой случай именуется «пограничным».

Например, если речь идет о применении правила, запрещающего использование средств передвижения в парке, то очевидно, что этот запрет исключает проведение автомобильных гонок. Это будет одна из тех ситуаций, которые конституируют ясный случай применения правила и не требуют со стороны суда особых рассуждений. Такой ясный случай может быть задан как очевидным значением текста, в котором выражена норма, так и непосредственным указанием примера применения нормы, что как раз характерно для прецедента (но, к слову, вовсе не исключено и для так называемых нормативных правовых актов). В любом случае неочевидно, что запрет относительно транспортных средств исключает передвижение посетителей парка на роликах и самокатах. В ситуации подобной неочевидности суд, по словам Харта, должен «рассмотреть (как делает тот, кто использует прецедент), “в достаточной ли мере” похож настоящий случай на ясный случай в “относящихся к делу” своих аспектах (курсив наш. — С. М.)»²². Необходимость ответа на этот вопрос вызывает ситуацию судейского усмотрения, поскольку такой ответ является результатом выбора. Судья «по своему выбору добавляет к ряду случаев [применимости правила] новый случай из-за сходств, которые могут обоснованно защищаться... как релевантные в правовом смысле»²³. Критерии релевантности «зависят от многих сложных факторов, пронизывающих правовую систему, и от целей (*aims or purposes*), достижение которых могут приписывать

²⁰ Там же. С. 120.

²¹ «Пока мы не в состоянии идентифицировать объект в качестве члена некоторого класса вопреки его отличиям от других членов этого класса, никакой дедуктивный вывод не возможен» (*Weinreb L. L. Legal Reason... P. 127*).

²² *Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб., 2007. С. 131.*

²³ Там же.

правилу»²⁴. В ясном случае цель правовой нормы (закона или прецедента) является определенной. В частности, применительно к гонкам на автомобилях или мотоциклах уже изначально совершенно очевидным образом разрешен «вопрос о том, что тишину и спокойствие в парке надлежит поддерживать ценой исключения этих вещей во что бы то ни стало»²⁵. Но действует ли запрет использования автомобилей в городском парке также и в отношении катания детей на игрушечных машинах с электрическим двигателем? Для ответа на этот вопрос само по себе безразлично, установлена такая норма прецедентом или законом. Важно, что этот новый случай находится на периферии значений нормы, в связи с чем возникает неопределенность: «Следует ли пожертвовать некоторой долей спокойствия в парке ради детей, удовольствие или интерес которых заключается в использовании этих вещей, — или спокойствие должно быть защищено от них»²⁶. В неочевидном случае мы «решаем вопрос, выбирая между конкурирующими интересами таким образом, который более всего удовлетворяет нас. Поступая таким образом, мы делаем более определенной нашу исходную цель и попутно решаем вопрос о значении общего понятия в отношении к целям данного правила»²⁷.

Теория «открытой текстуры» правовых норм — это общая для законов и прецедентов теория следования правилу, которая также определяет роль судейского усмотрения. Неопределенность какого бы то ни было юридического руководства для принятия решения по делу в конечном счете требует со стороны судьбы выбора, который осуществляется в рамках взвешивания интересов (целей, ценностей, принципов), затронутых обстоятельствами дела²⁸. Обширные цитаты были необходимы здесь, чтобы показать: уже в «Понятии права» Харт достаточно ясно сформулировал мысль о необходимости взвешивания как процедуры, с помощью которой суду в ситуации

²⁴ Там же.

²⁵ Там же. С. 132.

²⁶ Там же. С. 133.

²⁷ Там же.

²⁸ Если эти ценности не даны самим позитивным правом, то судья вынужден будет искать их за пределами права, вторгаясь, соответственно, в область морали. По этой причине теория «открытой текстуры» используется оппонентами юридического позитивизма как доказательство тезиса о необходимой связи права и морали, против которого Харт, будучи позитивистом, возражал (см., напр.: *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М.; Берлин, 2011. С. 86–94). Подобную непозитивистскую интерпретацию своей теории Харт предвидел с самого начала (*Харт Г. Л. А.* Позитивизм и разграничение права и морали. С. 116–124). Непозитивистская интерпретация сегодня может показаться ошибочной уже по той причине, что базовые ценности во многих странах, в том числе в России, кодифицированы позитивным правом в виде фундаментальных принципов действующей конституции, включая нормы о правах человека. Однако разрешение конкуренции принципов с помощью процедуры взвешивания предполагает вынесение суждения о степени относительной важности того или иного принципа в рамках рассматриваемого дела, т. е. выражение предпочтения, построение некоторой ценностной иерархии. Эта иерархия, поскольку текстом конституции и иных источников права она обычно не задана, имеет свое основание в принятой судьями морали, в их субъективности.

правовой неопределенности надлежит установить релевантность сходств и различий между ясным и пограничным случаем²⁹.

Неясность условий применимости той или иной прецедентной нормы является, соответственно, частным случаем неопределенности правила. С позиций теории Харта, в ситуации неопределенности суд располагает усмотрением, которое реализуется в рамках процедуры взвешивания. Суд в следующем деле вынужден будет «достраивать» норму, уточнять ее содержание, создавать ее новый облик, прежде неочевидный. Ключевой вопрос всякий раз состоит в том, *должна ли* эта норма иметь настолько общий характер, чтобы включить в сферу своего действия новый казус, который находится теперь на рассмотрении суда. Поскольку ситуация неопределенности тем и характерна, что объективное право в совокупности с известными правилами толкования (своего рода «юридической грамматикой»³⁰) не дает судье однозначного ответа на этот вопрос, то получается, что судья вынужден выбирать между узкой и широкой трактовкой прецедентной нормы на основе собственных предпочтений. Взвесив все за и против, он должен высказать суждение в пользу одного из конкурирующих принципов, предпочесть доводы в пользу той или иной трактовки как более убедительные.

В некоторой степени задача судьи облегчается тем, что критерии для оценки фактов и аргументов сообщаются ему самим правом. Целую систему таких критериев обычно дает конституция государства, выражая их в форме фундаментальных принципов правопорядка (таких как права человека). Релевантность фактов, сходных и различных, определяется правилом, которое вытекает из прецедента, а если неопределенным окажется само правило, то в этой части оно должно быть сконструировано судом на основе принципов конституции. Когда в ситуацию вовлечены сразу несколько таких принципов, их коллизия порождает конкуренцию возможных реконструкций прецедентного правила. Конституция, как правило, не указывает, какова иерархия принципов в каждом конкретном деле. Это создает ситуацию неопределенности, а значит, судейского усмотрения, которое суд реализует в форме утверждения, что «принцип P_1 является при такого рода обстоятельствах более важным, чем принцип P_2 ». Высказывание и обоснование такого суждения об относительной важности принципа (т. е. большей важности не абстрактно, а именно при данных обстоятельствах) принято также именовать балансированием принципов. Понятие баланса является ключевым для доктрины пропорциональности — основополагающей доктрины современного конституционного права³¹.

²⁹ При применении прецедента ясным, соответственно, является предшествующее дело, поскольку оно уже получило правовое решение, а пограничным, неочевидным случаем может оказаться новое дело.

³⁰ Такое сравнение теории толкования права с грамматикой дает Е. В. Васьковский: *Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов. М., 1913. С. 6.

³¹ Подробнее о пропорциональности см.: *Белов С. А.* Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // *Петербургский юрист.* 2016. № 1. С. 63–75; *Шлинк Б.* Пропорциональность: К проблеме

Если рассматривать конкуренцию принципов как коллизию правовых норм³², то можно сделать вывод, что прецедентами создаются коллизионные нормы, которые определяют, при каких обстоятельствах в пользу какого из конкурирующих принципов должно быть принято судебное решение в будущем деле. При этом, поскольку норма прецедента, устанавливающая баланс принципов, может и должна быть аргументирована, необходимость предпочтения принципа перетекает в плоскость оценки аргументов, в которых те или иные обстоятельства дела рассматриваются как значимые в свете определенных принципов. В юридическом дискурсе суждения по поводу значимости (важности, убедительности, силы) аргументов получают метафорическую форму суждений о «весе»: в отношении аргументов и тех фактов и принципов, к которым они отсылают, говорят, что в конкретном деле они оказались более (или менее) «весомыми». Сама процедура оценки аргументов именуется взвешиванием. Эта оценка в *конечном счете* рационально обоснована быть не может³³.

Аналитическое разложение, которому Харт подвергает мыслительную процедуру следования правилу, значительно проясняет ее структуру. Во всех случаях следования правилу, в каком бы источнике оно ни было выражено, имеют место три базовые мыслительные операции³⁴. Харт не дает им точного наименования, но как таковые они в его рассуждениях различимы. Сначала проводится *аналогия* — нахождение некоторого первоначального сходства между очевидным и новым неочевидным случаями. Затем *взвешивание* — оценка весомости влияния обстоятельств дела на осуществление юридически защищенных интересов. Нужно только добавить, что эта оценка осуществляется в сравнении с балансом, установленным для очевидного случая, так что если принять вес сходных фактов за константу, то решение будет зависеть от веса различий, — они могут изменить баланс в противоположную сторону. В результате проведения аналогии и взвешивания судья, не обнаружив достаточно весомых отличий, получает самое необходимое — посылки «судебного силлогизма», в которых новый случай отнесен к сфере действия некоторого общего правила. Случай включается

баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 56–76.

³² См. об этом: Тимошина Е. В., Краевский А. А., Салмин Д. Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 14. Право. 2015. № 3. С. 19.

³³ Подробнее см.: Белов С. А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве? // Известия вузов. Правоведение. 2014. № 5. С. 224–236.

³⁴ Теория «базовых операций правоприменения» (*basic operations in the application of law*) впервые предложена Робертом Алекси для описания интеллектуальной процедуры применения различных правовых норм (*Alexy R. Two or Three? // On the Nature of Legal Principles / ed. by M. Borowski. Stuttgart, 2010. P. 9–18*). Сколько-нибудь полно рассмотреть его теорию здесь не представляется возможным. Алекси выделяет три базовых операции: категоризацию (*subsumption*), балансирование (*balancing*) и аналогию, — которые по своему смыслу отдаленно соответствуют понятиям дедукции, взвешивания и аналогии. Его теория имеет существенные отличия и по многим причинам представляется не вполне удовлетворительной, но, как и многие другие идеи немецкого правоведа, остается чрезвычайно стимулирующей к размышлениям.

в предусмотренную нормой категорию, дополняя собой (на будущее) ряд уже известных «ясных» случаев. Остается третья операция, *дедукция* — логическое выведение правовых последствий для этого нового случая.

В качестве иллюстрации можно вновь обратиться к изобретенному Хартом «делу о средствах передвижения в парке». Решение суда, в котором подтвержден запрет на въезд автомобиля в парк, будет значимым прецедентом для сходных случаев. Это могут быть случаи передвижения на мотоциклах, велосипедах, самокатах и т. д. Внешнее сходство всех казусов состоит в том, что в них идет речь о недопустимости использования средств передвижения в парке. Можно обосновать релевантность сходства дел об автомобиле и мотоцикле — эти средства передвижения имеют ряд значимых сходных признаков, поскольку оба являются: а) шумными; б) опасными для жизни посетителей парка; в) загрязняющими атмосферу. Иными словами, они одинаково (или почти одинаково) серьезно затрагивают публичные интересы спокойствия, безопасности и экологического благополучия. Напротив, велосипеды и самокаты чрезмерных опасностей или неудобств с точки зрения этих ценностей обычно не вызывают, поэтому вмешательство в свободу передвижения и отдыха в этих случаях не будет оправданным. Суд, соответственно, распространит действие прецедента на случай с мотоциклом, но в случае с самокатом придет к выводу, что различие казусов является слишком весомым. В процессе оценки сходств и различий суд на основе разного рода правовых принципов (свободы, безопасности и т. д.) в каждом случае будет выяснять, какое решение с точки зрения этих конкурирующих принципов причинит меньше вреда — запрет или дозволение. Чем весомее такие принципиальные аргументы в пользу правила, противоположного прецеденту, тем меньшее значение будет иметь аналогия с прецедентным случаем. Вес этих аргументов зависит от того, какая значимость придается характеристикам нового дела, отличающим его от прецедентного случая. Чем они значительнее в глазах судьи, тем больший вес имеют аргументы, которые указывают на эти характеристики, и тем больший вес получают принципы, в пользу которых эти аргументы приводятся. На определенном этапе количество переходит в качество: новое дело оказывается «слишком отличающимся», перевешивать начинает противоположная чаша весов, баланс принципов изменяется, и тогда суд принимает решение, противоположное прецеденту. В этом, если кратко, состоит суть «техники проведения различий» (*distinguishing*).

Такова универсальная аналитическая схема следования правилу (а значит, и следования прецеденту), которую мы получаем при внимательном изучении лаконичных замечаний Харта. Можно обозначить как минимум два ключевых достоинства того подхода, почву для развития которого дают идеи британского философа.

Во-первых, удастся окончательно прояснить понятие релевантности сходства, связав это смутное понятие с более знакомым понятием взвешивания интересов. Из числа современных авторов эту связь наиболее явно отстаивает польский специалист Бартош Брожек. Он выдвигает так называемый тезис частичной сводимости (*the partial reducibility thesis*) — идею

о том, что рассуждение по аналогии частично сводится к взвешиванию. Брожек предлагает выделять два уровня сходства. Казусы являются сходными в первом значении, или «сходными₁», если в них разрешается схожая проблема. Это сходство *prima facie*, и оно определяется юридическим вопросом, который поставлен в рассматриваемом деле. Определение такого «сходства₁» обычно не требует особых усилий. Вполне очевидно, например, что и дело о мотоцикле, и дело о велосипеде похожи на дело об автомобиле, поскольку все они касаются вопроса о праве на въезд в парк. Сходство во втором значении, или «сходство₂», — это «релевантное сходство», и оно определяется путем оценки обстоятельств дела на основе взвешивания принципов, как это проиллюстрировано выше на примере «дела о средствах передвижения в парке»³⁵. По сути, тезис частичной сводимости представляет собой не более чем парафраз теории «открытой текстуры» с той разницей, что Брожек исследует только структуру следования прецеденту, в то время как Харт показывает универсальность структуры для всех случаев следования правилу, будь то норма прецедента или норма закона.

Во-вторых, теория Харта позволяет по принципу бритвы Оккама избавиться от неоправданного умножения сущностей в виде попыток конструирования параллельной, якобы совершенно особой методологии, по определению присущей именно применению прецедентов. Изобретение понятий *sui generis* трудно считать достоинством той или иной концепции; наоборот, для науки при прочих равных предпочтительна та концепция, объясняющая сила которой распространяется на большее количество явлений, позволяя за внешним многообразием находить их сущностное внутреннее единство. В этом отношении теория Харта предпочтительнее, чем попытки описать механизм действия прецедента с помощью каких-то особых понятий. Она также позволяет сохранить целостность традиционной концепции источников права. Если и закон, и прецедент — это источники права, а источник права — это форма внешнего выражения общих правовых норм, то и качественное различие в применении источников следует считать сугубо формальным. Ссылаясь то на законы, то на прецеденты, судья осуществляет одну и ту же интеллектуальную процедуру — применение общей правовой нормы к конкретному случаю. С этой точки зрения следование прецеденту содержательно не имеет каких-либо качественных особенностей по сравнению с иными случаями следования правилу (например, выраженному в законе). Отличие может иметь только количественный характер и обычно выражается в более высоком уровне неопределенности правила, установленного прецедентом. Такая повышенная неопределенность вызвана прежде всего тем, что судебное нормотворчество издавна считалось невозможным или предосудительным. Мы обычно не находим в тексте судебного прецедента явно выделенной

³⁵ Brožek B. Analogy in Legal Discourse // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 2008. Vol. 94, no. 2. P. 191 ff. — В поддержку тезиса Брожека высказался Роберт Алекси: Alexy R. Two or Three? P. 15.

нормы, которая была бы сформулирована так же отчетливо, как и норма закона. Судья, завершая мотивировочную часть решения, обычно не пишет: «с учетом сказанного, я формулирую обязательную общую норму: если имеют место факты *a*, *b*, *c*, то должно быть принято решение *q*». Такое условное высказывание (общая норма) в решении подразумевается, но его антецедент (гипотеза нормы) остается неясным, размытым, поскольку одна и та же конкретная ситуация может иметь множество одинаково адекватных, но несовпадающих описаний. Собственно, мы можем обнаружить в решении сразу целый ряд явно выраженных норм разного уровня всеобщности, не имея точного представления, какая из них юридически обязательна, а какая носит лишь убеждающий характер. Однако иной раз суд проявляет смелость и открыто, как если бы он был законодателем, формулирует ту общую норму, которую он полагает применимой в будущих делах³⁶. Все это показывает, что методология доктрины прецедента должна разъяснять технику не только применения, но и в первую очередь формирования прецедента. Вопрос о том, как применять при рассмотрении аналогичных дел судебное решение, которое вовсе не замышлялось служить образцом, — это вопрос патологии прецедентного права, который для разумно конструируемой доктрины прецедента центральным считать нельзя.

Что такое аналогия? Об «анalogии» можно говорить в различных смыслах. Выше мы использовали этот отсутствующий у Харта термин, чтобы обозначить им мыслительную операцию установления первоначального подобия (тождества, сходства) ситуаций. Здесь требуются дополнительные разъяснения. Интерес представляет то, каким образом мы находим первоначальное сходство случаев. Можно ли предложить метод проведения такой аналогии? Думается, исходить нужно из следующего. Аналогия базируется на сопоставлении. Обе вещи или ситуации должны сначала войти в наше поле зрения, чтобы затем можно было сказать, что они похожи. Речь не только о зрительном восприятии, хотя можно использовать и этот пример. Две вещи красного цвета кажутся нам подобными друг другу в этом аспекте, хотя на вопрос о методе установления сходства мы не сможем дать какой-либо другой ответ, кроме указания, что мы просто непосредственно видим их сходство. Но даже такое в буквальном смысле слова очевидное сходство требует от нас некоторой констатации. Поток зрительных образов может испытывать и человек безумный, т. е. лишенный ума и вследствие этого не способный помыслить тождество образов, а значит, не способный реагировать на них как на нечто уже виденное. Тождество (подобие, сходство) есть констатация, производимая умом. Но что отождествляет один ум, может не отождествлять другой. Нельзя обосновать, что две вещи окрашены в один и тот же цвет — это можно только увидеть и констатировать. Отсюда следует, что такая мыслительная операция производится за рамками логики и аргументации. По-

³⁶ В качестве примера можно привести решение Верховного Суда США по делу *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 (1966). См. перевод соответствующего обширного фрагмента: Архипов В. В., Поляков А. В., Тимошина Е. В. Адаптация опыта систем прецедентного права... С. 118–120.

добие доступно только непосредственному усмотрению индивидуального ума. Вследствие этого аналогия нередко характеризуется в литературе как проявление интуиции³⁷, хотя точнее было бы говорить об *умозрении*, имея в виду способность «видеть умом» нечто общее в конкретных вещах, в наличии которой Платон отказывал Диогену Синопскому³⁸. Интуитивные суждения индивида могут быть ценными для окружающих, даже если соответствующее интуитивное переживание испытывает только он (мы можем полагаться на людей «с хорошей интуицией»). Аналогическое суждение, напротив, считается ценным только в том случае, когда оно очевидно для всех, так что каждый, обращаясь к сопоставлению двух вещей или ситуаций, непосредственно «переживает» присутствие в них сходства. Эта претензия аналогических суждений на общезначимую, intersubъективную очевидность служит основанием, пожалуй, единственного методологического требования, которое можно обозначить по поводу данной мыслительной операции: судья или сторона должны быть в состоянии ясно указать обнаруженное ими сходство, а поскольку судебное решение дискурсивно и имеет вид текста, такое указание должно быть дано посредством описания в речи³⁹.

Трудность иногда состоит в том, чтобы суметь выразить видимое сходство в языке, используя при этом слова, которые позволили бы увидеть сходство максимально широкому кругу членов языкового сообщества. В этом отношении язык способен выполнять важную функцию фильтрации действительных сходств и различий: что неизвестно языку и о чем «нельзя говорить», то остается в пространстве чистой субъективности и не может быть задействовано в качестве основания для принятия судебных решений. Суд не может основываться на том, что «эта ситуация *чем-то* напоминает другую» или «*чем-то* отличается», не указав точно, в каком именно аспекте он усматривает наличие или отсутствие сходства.

Как правило, общие термины, используемые для описания сходства сопоставляемых ситуаций, должны быть нейтральными, чтобы не пред-

³⁷ См., напр.: *Блохин П. Д.* Индукция, аналогия, интуиция в конституционно-судебном познании: попытка логико-правового исследования // Журнал конституционного правосудия. 2016. № 2. С. 19–20; *Lamond G.* Analogical Reasoning in the Common Law // Oxford Journal of Legal Studies. 2014. Vol. 34, no. 3. P. 583; *Brewer S.* Exemplary Reasoning... P. 964.

³⁸ Соответствующий эпизод приводит Диоген Лаэртский: «Когда Платон рассуждал об идеях и изобретал названия для «стольности» и «чашности», Диоген сказал: «А я вот, Платон, стол и чашу вижу, а стольности и чашности не вижу». А тот: «И понятно: чтобы видеть стол и чашу, у тебя есть глаза, а чтобы видеть стольность и чашность, у тебя нет разума»» (*Диоген Лаэртский.* О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов. М., 1979. С. 251).

³⁹ «Существует глубоко укорененная когнитивная способность распознавать образы сходства между феноменами... И как только возможная аналогия будет осознана, должна быть возможность сформулировать релевантные сходства между ними, т. е. дать им некую общую характеристику» (*Lamond G.* Analogical Reasoning in the Common Law. P. 583). Ср.: «Так как одинаковые признаки вызывают в нас тождественные представления и обозначаются одними и теми же терминами, то сходные предметы являются для нашей мысли тождественными в той или иной части, с той или другой стороны» (*Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов... С. 122).

решать окончательную юридическую квалификацию дела. Если норма устанавливает, что в парке не могут находиться транспортные средства, то юридический вопрос как раз и состоит в том, является ли, например, самокат транспортным средством. В повседневности мы, возможно, склонились бы к такой квалификации без особых рассуждений, но в судебном споре именно она становится предметом пристальной рефлексии в свете юридической нормы⁴⁰, так что, по здравому разумению, найдя квалификацию неочевидной и обратившись к процедуре взвешивания, суд может прийти к иному выводу. По этой причине словесная форма, в которой высказывается аналогическое суждение, должна быть столь же бесспорной, сколь очевидно и само сходство. Можно, в частности, указать, что самокат, как и автомобиль (который служит здесь парадигматическим «ясным случаем»), имеет несколько колес и используется для перевозки людей. Достаточно ли этих сходств, чтобы посчитать запрет транспортных средств применимым, или различия в таких параметрах, как механизм приведения в движение и максимальная конструктивная скорость, изменяют баланс ценностей, не позволяя по смыслу этой нормы считать самокат транспортным средством, — вопрос, который судье предстоит рассмотреть на этапе взвешивания.

В то же время могут быть случаи, когда сомневаться в принадлежности ситуации к определенной юридической категории невозможно. Очевидно, например, что карета скорой помощи — это транспортное средство, поэтому здесь нет смысла добиваться нейтральности аналогического суждения. Собственно, это и не пограничный, а вполне ясный случай, если иметь в виду только буквальный смысл нормы. Однако столь же очевидно, что баланс ценностей в ситуации, когда необходимо оказать скорую помощь посетителю парка, будет совершенно иным, нежели в случае обычного проезда через парк из соображений удобства. С точки зрения принципов права, ради осуществления которых устанавливаются конкретные правила, данное правило о запрете было бы целесообразнее теперь проигнорировать. Мы можем, следовательно, различать *лингвистическую* и *телеологическую* очевидность правила, которые далеко не всегда созвучны друг другу: в этих различных аспектах правило может быть одинаково очевидно применимым и не подлежащим применению (мы можем говорить, соответственно, о *позитивной* и *негативной* очевидности)⁴¹.

⁴⁰ Как замечает Лон Фуллер, при толковании правовых текстов «мы в большинстве случаев должны определить значение не одного слова, а предложения, абзаца, или целой страницы, или даже всего текста», так что «любому юристу, который интерпретирует слова... должно быть ясно, что от обращения к какому-либо неюридическому «стандартному значению» этих слов не будет никакого толка. Куда более важно, что, когда все эти слова входят в целостную структуру мысли, они в процессе интерпретации вступают между собой в отношения» (Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Известия вузов. Правоведение. 2005. № 6. С. 151, 155).

⁴¹ Фуллер приводит пример конфликта этих разнородных очевидностей в связи с законом о запрете продажи абсента: «Кто-либо может представить себе такой ход рассуждения: «Согласно этому статуту запрещена продажа абсента. В чем заключается цель данного акта? В охране здоровья. Теперь... всем известно, что абсент доброка-

К числу самых насущных для юриспруденции относится вопрос о способе разрешения подобного конфликта смысловых очевидностей.

Однако об аналогии можно говорить не только в отношении рассмотренной выше мыслительной операции обнаружения сходства. Есть и другой смысл, в котором употребляется этот термин, и он хорошо знаком континентальному юристу. Речь идет об особом режиме применения нормы, а именно о применении нормы за пределами ее собственной сферы применимости. В этом состоит суть так называемой аналогии закона — приема восполнения нормативных пробелов законодательства (п. 1 ст. 6 Гражданского кодекса РФ, ч. 4 ст. 1 Гражданского процессуального кодекса РФ)⁴². Ясно, что применение нормы по аналогии — понятие универсальное, поэтому нет никаких теоретических препятствий к тому, чтобы допустить возможность и даже обязательность аналогии прецедента, т. е. применения нормы прецедента к сходным отношениям, которые она непосредственно не регулирует. Необходимо только иметь в виду условие, при невыполнении которого использование этого приема логически невозможно: границы применимости нормы должны быть ясно определены, чтобы можно было сделать вывод, что в данном деле норма непосредственно неприменима. В противном случае, при неясности границ ее собственной применимости, было бы невозможно различить обычное применение нормы, в том числе путем ее расширительного толкования, и применение этой нормы по аналогии⁴³.

Смешение двух понятий аналогии — как мыслительной операции обнаружения сходства и как применения нормы за пределами ее собственной сферы применимости — может стать почвой для недоразумений. Без уточнения смысла, в котором тот или иной автор говорит об аналогии, его суждения могут быть поняты неправильно. В частности, по мнению португальского специалиста Давида Дуартэ, тезис Брожека о частичной сводимости рассуждения по аналогии к процедуре взвешивания принципиально ошибочен. Эта ошибка, полагает он, кроется в том, что аналогия и взвешивание по определению исключают друг друга: в то время как аналогия

чественный, здоровый и полезный напиток. А значит, интерпретируя статут в свете его целей, я на его основании предписываю общую продажу и потребление этого самого полезного для здоровья напитка, абсента» (Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву... С. 157).

⁴² С логической точки зрения аналогия как элементарная мыслительная операция представляет собой суждение вида «X подобно Y», в то время как применение нормы по аналогии — это *умозаключение*. В науке предпринимались попытки представить умозаключение по аналогии как еще одну форму логического вывода, существующую наряду с дедуктивной и индуктивной формами. В другой работе мы показали, что противопоставление этих понятий ошибочно: умозаключение по аналогии — это разновидность индукции, а дедуктивная форма присуща любым умозаключениям как таковым, в том числе индуктивным и аналогическим (Манжосов С. А. Умозаключение на основе прецедента: аналогия, индукция или дедукция? // Право и политика. 2018. № 8. С. 43–51).

⁴³ О различии расширительного толкования и применения нормы по аналогии см., напр.: Старченко А. А. Роль аналогии в познании: На материалах исторического и правового исследования. М., 1961. С. 42; Васильковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов... С. 133.

необходима в ситуации отсутствия применимой нормы, взвешивание основывается на применимости одновременно двух и более конкурирующих норм (принципов)⁴⁴. Важно понимать, что аналогия, о которой говорит Дуартэ, — это аналогия во втором значении, т. е. аналогия как применение нормы за пределами ее собственной сферы применимости, поэтому его критика не касается аналогии как мыслительной операции обнаружения сходства. Ее не касается и сам тезис частичной сводимости, поскольку, говоря о рассуждении по аналогии, Брожек имеет в виду либо тоже аналогию во втором значении, либо совокупную процедуру следования прецеденту в неясном, пограничном случае⁴⁵. Аналогия в первом значении ни к чему не сводима, не связана с понятием нормативного пробела и наряду со взвешиванием является лишь одним из элементов структуры, известной как «следование правилу» (в частности, «следование прецеденту»). Что касается существа возражения против аналогии прецедента, то ответ на этот вопрос видится следующим: нормативный пробел, необходимый для обращения к аналогии прецедента, существует, поскольку отсутствует коллизонная норма, разрешающая конфликт принципов при данных обстоятельствах. Открытым, однако, остается вопрос об обязательности аналогии прецедента — впрочем, как и прецедента вообще.

Заключение. По-видимому, нет никаких причин придерживаться взгляда, согласно которому применение прецедента имеет принципиально иную природу, нежели применение закона, и что его описание требует совершенно особого понятийного аппарата. Теория «открытой текстуры» правовых норм, предложенная Гербертом Хартом, при должном осмыслении позволяет реконструировать универсальную аналитическую схему следования правилу, в равной степени применимую и для анализа следования прецеденту. В структуру этой схемы входят три базовых операции: аналогия, взвешивание и дедукция, каждая из которых выполняет собственную уникальную функцию — умозрительной категоризации явлений, измерения значимости (веса) их свойств и логического переноса соответственно.

Примечательно, что две из трех базовых операций — аналогия и дедукция — не оставляют судье никакого пространства для усмотрения. Логика и язык объективны: слишком хорошо заметно нарушение законов силлогистики, равно как и попытка использовать те или иные общие термины для описания ситуации, в которой их уместность сомнительна. Все сомнения, вся неясность и пространство для судебного усмотрения в механизме действия прецедента сосредоточены в процедуре взвешивания,

⁴⁴ Duarte D. *Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems* // *Revus*. 2015. Vol. 25. P. 150.

⁴⁵ О таком понимании говорит его вступительное замечание: «Всякое аналогическое рассуждение начинается с определенной ситуации, для которой нет ясного юридического правила (*definite legal rule*)... Следовательно, первый элемент аналогического рассуждения может быть описан следующим образом: [...] Имеет место юридическое дело, которое... поднимает юридический вопрос, который не может быть разрешен путем обращения к какому-либо эксплицитному юридическому правилу» (*Brożek B. Analogy in Legal Discourse*. P. 190).

где подлежат оценке различия дел. Тщательное исследование соотношения этих двух доктрин — прецедента и пропорциональности — составляет ближайшую задачу науки.

Литература

Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М.; Берлин: Инфотропик Медиа, 2011. 174 с.

Арановский К. В., Князев С. Д. Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // Известия вузов. Правоведение. 2012. № 4. С. 51–66.

Архипов В. В., Поляков А. В., Тимошина Е. В. Адаптация опыта систем прецедентного права к российской правовой системе: к постановке проблемы // Известия вузов. Правоведение. 2012. № 3. С. 113–134.

Белов С. А., Кудряшова О. А. Заимствование моделей конституционного контроля в правовой системе России // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 6. С. 25–38.

Белов С. А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. 2016. № 1. С. 63–75.

Белов С. А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве? // Известия вузов. Правоведение. 2014. № 5. С. 224–236.

Бернам У. Правовая система США / науч. ред. В. А. Власихин; пер. с англ. А. В. Александров и др. Вып. 3. М.: Новая юстиция, 2006. 1216 с.

Блохин П. Д. Индукция, аналогия, интуиция в конституционно-судебном познании: попытка логико-правового исследования // Журнал конституционного правосудия. 2016. № 2. С. 11–23.

Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1913. 152 с.

Гаджиев Г. А. Решения высших судов России как общественный капитал // Вестник Московского университета. Сер. № 11. Право. 2015. № 1. С. 3–16.

Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов / Институт философии АН СССР; общ. ред. и вступит. статья А. Ф. Лосева. М.: Мысль, 1979. 620 с.

Касаткин С. Н. «Постскрипtum» к «Понятию права» Герберта Л. А. Харта // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб.: Юридическая книга, 2009. С. 753–785.

Касаткин С. Н. Проблема нормативных оснований судебного решения: концепция правовой неопределенности Г. Харта и ее критики // Антропология права: философский та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): статті учасників VIII Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 7–8 грудня 2012 року). Львів: Галицький друкар, 2013. С. 220–240.

Касаткин С. Н. Проблема следования правилу: Харт и Витгенштейн // Антропология права: философский та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): статті учасників VII Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 9–10 грудня 2011 року). 2-е вид., виправ. і доп. Львів: Галицький друкар, 2012. С. 256–276.

Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. Т. В. Апаровой; под общ. ред. Ф. М. Решетникова. М.: Юридическая литература, 1985. 238 с.

Лайтер Б. За пределами спора Харта и Дворкина: проблема методологии в юриспруденции // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. СПб.: Юридическая книга, 2011. С. 116–151.

Манжосов С. А. Умозаключение на основе прецедента: аналогия, индукция или дедукция? // Право и политика. 2018. № 8. С. 43–51.

Перельман Х., Олбрехт-Тытека Л. Из книги «Новая риторика: трактат об аргументации» / пер. с франц. Т. Л. Ветошкиной // Язык и моделирование социального взаимодействия: переводы / сост. В. М. Сергеева и П. Б. Паршина; под общ. ред. В. В. Петровой. М.: Прогресс, 1987. С. 207–264.

Старченко А. А. Роль аналогии в познании: На материалах исторического и правового исследования. М.: Высшая школа, 1961. 52 с.

Тимошина Е. В., Краевский А. А., Салмин Д. Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 14. Право. 2015. № 3. С. 4–34.

Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту / пер. с англ. В. В. Архипова; под ред. И. В. Мироновой, Н. С. Лосева // Известия вузов. Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.

Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали / пер. с англ. В. В. Архипова; под ред. И. В. Мироновой, Н. С. Лосева // Известия вузов. Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136.

Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. 302 с.

Шлинк Б. Пропорциональность: К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 56–76.

Alexy R. Two or Three? // On the Nature of Legal Principles: Proceedings of the Special Workshop “The Principles Theory” held at the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007 / ed. by M. Borowski. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010. P. 9–18.

Brewer S. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy // Harvard Law Review. 1996. Vol. 109, no. 5. P. 923–1028.

Brožek B. Analogy in Legal Discourse // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 2008. Vol. 94, no. 2. P. 188–201.

Duarte D. Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems // Revus. 2015. Vol. 25. P. 141–154.

Lamond G. Analogical Reasoning in the Common Law // Oxford Journal of Legal Studies. 2014. Vol. 34, no. 3. P. 567–588.

Lamond G. Do Precedents Create Rules? // Legal Theory. 2005. Vol. 11, no. 1. P. 1–26.

Levenbook B. B. The Meaning of a Precedent // Legal Theory. 2000. Vol. 6, no. 2. P. 185–240.

Macagno F., Walton D. Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories // Philosophy and Rhetoric. 2009. Vol. 42, no. 2. P. 154–182.

Schauer F. F. Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning. Cambridge; London: Harvard University Press, 2009. 239 p.

Schauer F. F. Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy // Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives / ed. by C. Dahlman, E. Feteris. Springer, 2013. P. 45–56.

Vogenaauer S. Sources of Law and Legal Method in Comparative Law // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. New York: Oxford University Press, 2012. P. 870–898.

Weinreb L. L. Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument. New York: Cambridge University Press, 2005. 184 p.

References

Alexy R. *Poniatie i deistvitel'nost' prava (otvet iuridicheskomu pozitivizmu)* [The Concept and Validity of Law (A Reply to Legal Positivism)]. Transl. from German by A. N. Laptev, F. Kal'shojer. Moscow, Berlin, Infotropik Media Publ., 2011. 174 p. (In Russian)

Alexy R. Two or Three? *On the Nature of Legal Principles: Proceedings of the Special Workshop "The Principles Theory" held at the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007*, ed. by M. Borowski. Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 9–18.

Aranovskij K. V., Knyazev S. D. Ogranicheniia sudebnogo pretседента v romano-germanskом prave [The Constrains of Precedent in Civil Law Systems]. *Izvestiia vuzov. Pravovedenie [Jurisprudence]*. 2012, no. 4, pp. 51–66. (In Russian)

Arkhipov V. V., Polyakov A. V., Timoshina E. V. Adaptatsiia opyta sistem precedentnogo prava k rossiiskoi pravovoi sisteme: k postanovke problemy [Adaptation of Precedent Legal Systems Experience to the Russian Legal System: A Problem Statement]. *Izvestiia vuzov. Pravovedenie [Jurisprudence]*. 2012, no. 3, pp. 113–134. (In Russian)

Belov S. A. Ratsional'nost' sudebnoi balansirovki konstitutsionnykh tsennostei s pomoshch'iu testa na proporsional'nost' [Rationality of Judicial Balancing of Constitutional Values through the Use of the Proportionality Test]. *Peterburgskii iurist [Petersburg Lawyer]*. 2016, no. 1, pp. 63–75. (In Russian)

Belov S. A. Sposoben li ratsional'nyi diskurs obosnovat' tsennostnyi vybor v prave? [Can Rational Discourse Justify Values Choice in Law?]. *Izvestiia vuzov. Pravovedenie [Jurisprudence]*. 2014, no. 5, pp. 224–236. (In Russian)

Belov S. A., Kudryashova O. A. Zaimstvovanie modelei konstitutsionnogo kontroliа v pravovoi sisteme Rossii [Borrowing of Constitutional Control Models in the Russian Legal System]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiа [Journal of Constitutional Justice]*. 2012, no. 6, pp. 25–38. (In Russian)

Blohin P. D. Induktсиа, analogиа, intuitsиа v konstitutsionno-sudebnom poznanii: popytka logiko-pravovogo issledovaniа [The Induction, the Analogy, the Intuition in the Constitutional-Judicial Perception: An Attempt of Logics and Legal Studies]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiа [Journal of Constitutional Justice]*. 2016, no. 2, pp. 11–23. (In Russian)

Brewer S. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy. *Harvard Law Review*. 1996, vol. 109, no. 5, pp. 923–1028.

Brožek B. Analogy in Legal Discourse. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 2008, vol. 94, no. 2, pp. 188–201.

Burnham W. *Pravovaia sistema SShA [Legal System of the USA]*. Ed. by V. A. Vlasihin; Transl. from English A. V. Aleksandrov et al., iss. Moscow, Novaia iustitsиа Publ., 2006. 1216 p. (In Russian)

Cross R. *Precedent v angliiskom prave [Precedent in English Law]*. Transl. from English by T. V. Aparova; ed. by F. M. Reshetnikov. Moscow, Iuridicheskaia literatura Publ., 1985. 238 p. (In Russian)

Diogenes Laertius. *O zhizni, ucheniakh i izrecheniakh znamenitykh filozofov [Lives and Opinions of Eminent Philosophers]*. Ed. by A. F. Losev. Moscow, Mysl' Publ., 1979. 620 p. (In Russian)

Duarte D. Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems. *Revus*. 2015, vol. 25, pp. 141–154.

Fuller L. L. Pozitivizm i vernost' pravu: Otvet professoru Hartu [Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart]. Transl. from English by V. V. Arkhipov; Ed. by I. V. Mironova, N. S. Losev. *Izvestiia vuzov. Pravovedenie [Jurisprudence]*. 2005, no. 6, pp. 124–159. (In Russian)

Gadzhiev G. A. Resheniia vysshikh sudov Rossii kak obshchestvennyi kapital [Decisions of the Highest Courts in Russia as Social Capital]. *Vestnik Moskovskogo universiteta: Seriya 11, Pravo* [Vestnik of Moscow University: Law]. 2015, no. 1, pp. 3–16. (In Russian)

Hart H. L. A. *Poniatie prava* [The Concept of Law]. Transl. from English; eds. E. V. Afonasin, S. V. Moiseev. St. Petersburg, St. Petersburg University Publ., 2007. 302 p. (In Russian)

Hart H. L. A. Pozitivizm i razgranichenie prava i morali [Positivism and the Separation of Law and Morals]. Transl. from English by V. V. Arkhipov; Ed. by I. V. Mironova, N. S. Losev. *Izvestiia vuzov. Pravovedenie* [Jurisprudence]. 2005, no. 5, pp. 104–136. (In Russian)

Kasatkin S. N. "Postskriptum" k "Poniatiiu prava" Herberta L. A. Harta ["Postscript" to "The Concept of Law" of Herbert L. A. Hart]. *Rossiiskii ezhegodnik teorii prava* [Russian Yearbook of the Theory of Law]. 2008, no. 1. St. Petersburg, Iuridicheskaiia kniga Publ., 2009, pp. 753–785. (In Russian)

Kasatkin S. N. Problema normativnykh osnovanii sudebnogo resheniia: kontseptsiiia pravovoi neopredelennosti H. Harta i ee kritiki [The Problem of Normative Grounds of Judicial Decision: The Concept of Legal Uncertainty of H. Hart and Its Critics]. *Antropologiiia prava: filosofskii ta iuridichnii vimiri (stan, problemi, perspektivi). Statti uchasnikov VIII Mizhnarodnogo «kruglogo stolu» (m. L'viv, 7–8 grudnia 2012 roku)*. [Anthropology of Law: Philosophical and Legal Dimensions (Condition, Problems, Perspectives). Articles of the Participants of the VII International «Round Table» (Lviv, December 7–8, 2012)]. L'viv, Galic'kii drukar Publ., 2013, pp. 220–240. (In Russian)

Kasatkin S. N. Problema sledovaniia pravilu: Hart i Wittgenstein [The Problem of Rule-Following: Hart and Wittgenstein]. *Antropologiiia prava: filosofskii ta iuridichnii vimiri (stan, problemi, perspektivi): Statti uchasnikov VII Mizhnarodnogo «kruglogo stolu» (m. L'viv, 9–10 grudnia 2011 roku)* [Anthropology of Law: Philosophical and Legal Dimensions (Condition, Problems, Perspectives): Articles of the Participants of the VII International «Round Table» (Lviv, December 9–10, 2011)]. 2nd ed. L'viv, Galic'kii drukar Publ., 2012, pp. 256–276. (In Russian)

Lamond G. Analogical Reasoning in the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2014, vol. 34, no. 3, pp. 567–588.

Lamond G. Do Precedents Create Rules? *Legal Theory*. 2005, vol. 11, no. 1, pp. 1–26.

Leiter B. Za predelami spora Harta i Dworkina: problema metodologii v iurisprudencii [Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence]. *Rossiiskii ezhegodnik teorii prava* [Russian Yearbook of the Theory of Law]. 2009, no. 2, St. Petersburg, Iuridicheskaiia kniga Publ., 2011, pp. 116–151. (In Russian)

Levenbook B. B. The Meaning of a Precedent. *Legal Theory*. 2000, vol. 6, no. 2, pp. 185–240.

Macagno F., Walton D. Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories. *Philosophy and Rhetoric*. 2009, vol. 42, no. 2, pp. 154–182.

Manzhosov S. A. Umozakliuchenie na osnove pretседenta: analogiia, induksiia ili deduktiia? [Inference Based on Precedent: Analogy, Induction, or Deduction?]. *Pravo i politika* [Law and Politics]. 2018, no. 8, pp. 43–51. (In Russian)

Perelman Ch., Olbrechts-Tyteca L. Iz knigi "Novaia ritorika: traktat ob argumentatsii" [From the Book "The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation"]. Transl. from French by T. L. Vetoshkina. *Yazyk i modelirovanie sotsial'nogo vzaimodeistviia: perevody* [Language and Modeling of Social Interaction: translations]. Ed. by V. V. Petrova. Moscow, Progress Publ., 1987, pp. 207–264. (In Russian)

Schauer F. F. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, London, Harvard University Press, 2009. 239 p.

Schauer F. F. Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, ed. by C. Dahlman, E. Feteris. Springer, 2013, pp. 45–56.

Schlink B. Proportsional'nost': K probleme balansa fundamental'nykh prav i obshchestvennykh tselei [Proportionality: Towards the Problem of Balance of Fundamental Rights and Public Ends]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie [Comparative Constitutional Review Journal]*. 2012, no. 2, pp. 56–76. (In Russian)

Starchenko A. A. Rol' analogii v poznanii: Na materialakh istoricheskogo i pravovogo issledovaniia [The Role of Analogy in Cognition: On the Basis of Historical and Legal Research]. Moscow, Vysshaia shkola Publ., 1961. 52 p. (In Russian)

Timoshina E. V., Kraevskij A. A., Salmin D. N. Metodologiya sudebnogo tolkovaniia: instrumenty vzveshivaniia v situatsii konkurentsii prav cheloveka [Methodology of Judicial Interpretation: Means of Weighing in the Situation of Competition of Human Rights]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta: Seriya 14, Pravo [Vestnik of Saint Petersburg University: Law]*. 2015, no. 3, pp. 4–34. (In Russian)

Vas'kovskij E. V. Rukovodstvo k tolkovaniiu i primeneniiu zakonov: dlia nachinaiushchikh iuristov [The Guide to Interpretation and Application of Laws: For Novice Lawyers]. Moscow, Br. Bashmakovy Publ., 1913. 152 p. (In Russian)

Vogenauer S. Sources of Law and Legal Method in Comparative Law. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. New York, Oxford University Press, 2012, pp. 870–898.

Weinreb L. L. *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*. New York, Cambridge University Press, 2005. 184 p.