

Аналогия в праве и судебный прецедент (сравнительно-правовые параллели)

Часть 2*

*Блохин Павел Дмитриевич,
советник судьи Конституционного Суда Российской Федерации,
старший преподаватель Национального исследовательского
университета «Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук
Pavel.Blokhin@ksrf.ru*

Настоящая статья продолжает серию публикаций автора, посвященных использованию аналогического мышления в конституционно-судебной деятельности. В первом ее разделе демонстрируется, почему вопрос аналогичности занимает видное место в американской доктрине судебного прецедента и в практике Верховного Суда США. Во втором разделе показывается, какое значение проблема аналогии имеет для теории судебного минимализма К. Санстейна. В третьей главе объясняется, почему с позиции экономического анализа Р. Познера роль аналогии сильно переоценена. В четвертой главе обосновывается ценность полученных выводов для отечественной теории и практики конституционного судопроизводства.

Ключевые слова: аналогия, судебный прецедент, доктрина *stare decisis*, техника различий, Верховный Суд США, правовые позиции, судебный минимализм, экономический анализ.

Экономический анализ права Р. Познера и аналогия

1. Интерес для настоящей статьи представляет учение *Ричарда Алана Познера* об экономическом анализе права (известно, что хотя он и не считается его основоположником, как, например, Г. Калабреззи, но, по крайней мере, признается самым последовательным его проповедником). Как будет показано далее, в его понимании роль аналогического обоснования судебных решений сильно переоценена — впрочем, она не отрицается им вовсе, как не отрицается доктрина обязывающего прецедента. Поэтому вызывает недоумение тезис, что «один из основных постулатов [эконом. анализа] заключается в том, что общее право развивается в сторону повышения эффективности регулирования, и соответственно судья не связан никакими формальностями» при том даже, что «в государствах системы общего права (англосаксонской правовой семьи) действует принцип верховенства закона»; оттого экономический анализ права есть «средство уничтожения доктрины российского права», а дискуссия о внедрении в России прецедентных начал якобы «свидетельствует о деградации российской правовой системы и юридической мысли»¹.

Начать следовало бы с традиционного для современной американской правовой науки разде-

ления стандартов и правил (*rules*). Разница между ними, как указывает автор, — «степень конкретности»; стандарт — «не набор обстоятельств, которые могут быть существенны, а скорее критерий, в силу которого определенные обстоятельства, представленные в деле, оцениваются как существенные или нет». В качестве демонстрации автор приводит следующий пример: признание лица ответственным за столкновение с автомобилем в результате приближения к нему на дистанцию менее 100 футов является правилом, тогда как ответственность за «небрежность» (*negligence*), для установления которой может потребоваться установить скорость и вес транспортного средства, время дня и погоду, другие факторы — стандартом. В итоге «стандарт — это обычно политика, цель социальной активности, общественная ценность», и в его применении немалую роль играет интуиция, особенно когда речь идет о таких явлениях, как разумность (*reasonableness*), а потому более — житейский опыт и менее — профессиональная квалификация².

При этом «выбор законодателя, установить ли стандарт или набор конкретных правил, — это имплицитно и выбор между законодательным и судебным правотворчеством. Общий законодательный стандарт создает потребность в уточнении»³. Впоследствии, утверждает ученый, ссылаясь на О.У. Холмса, многократное применение судом

* Исследование поддержано РГНФ, проект 15-23-01002.

¹ Курбатов А.Я. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М.: Юстицинформ, 2013.

² Isaac Ehrlich, Richard A. Posner. An Economic Analysis of Legal Rulemaking // Journal of Legal Studies. 1974. Vol. 3. No. 1. P. 258, 270.

³ Ibid. P. 261.

(присяжными) размытого стандарта, демонстрирующее, какие именно обстоятельства имеют значение при разрешении аналогичных дел, позволяет законодательно преобразовать этот стандарт в правило; причем последующая конкретизация общего стандарта является процессом, обратным насыщению конкретного правила многочисленными исключениями из него⁴.

Представляется, что многие правовые позиции Конституционного Суда РФ общего характера можно ассоциировать со стандартом (например, индивидуализации административного наказания, добросовестности стороны корпоративных отношений), который дает как судам возможность наполнять его содержанием в аналогичных жизненных ситуациях, так и законодателю — возможность со временем выработать более конкретное правило.

«Большая детализированность слишком конкретного правила — это также источник дополнительных издержек изменения этого правила», напротив, «стандарты относительно невосприимчивы к происходящим со временем изменениям в обстоятельствах, к которым они применимы...»⁵; в другой статье высказывается схожая мысль применительно уже к стандартам, вырабатываемым судьями: «чем более общей характер имеет прецедент, тем менее вероятно, что он быстро обесценится» (видимо, этому служит и техника различий), подобно тому, как более многофункциональное оборудование медленнее устаревает, чем узкоспециализированное⁶. С этой идеей связано представление Познера о совокупности судебных прецедентов как об «основном капитале» (информационном благе, имеющем ценность для сторон правоотношений и суда, сокращающем издержки нового разбирательства), который подвержен «моральному износу» в связи с развитием общественных отношений, когда прецедент становится неактуальным (тогда он игнорируется) или ошибочным (что требует его отмены); причем в той степени, в какой прецеденты ВС США автономны от динамично изменяющегося законодательства, а созданные ими правила носят более общий характер, их устаревание происходит медленнее⁷.

Аналогичным образом универсальные (распространяемые на неограниченный круг отношений) позиции КС РФ, например о том, при соблюдении каких условий ограничение права считается соразмерным, подвержены минимальному моральному износу и вряд ли вообще когда-то потребуют пересмотра.

В своих работах автор называет как полезный эффект от установления конкретных правил, так и издержки такой нормотворческой политики. В частности, преимущества правил таковы: во-

первых, увеличение вероятности того, что в случае спора лицо, осуществляющее социально одобряемую деятельность, будет оправдано, а социально неодобряемую — осуждено; во-вторых, уменьшение числа судебных тяжб, а значит, снижение ресурсов, необходимых для судебного разрешения правовых споров; в-третьих, увеличение случаев досудебного урегулирования спора в связи с большей предсказуемостью его исхода в суде; в-четвертых, сокращение времени, необходимого для установления обстоятельств, подлежащих рассмотрению, а значит, суммарного времени разрешения конфликта судом.

В то же время, издержки состоят в следующем: во-первых, затратность законодательных процедур, необходимых для точного и исчерпывающего формулирования правила (моделирование множества потенциальных конфликтов, согласование текста нормы множеством участников политического процесса); во-вторых, невозможность в силу ограниченности языковых средств и способности человека к прогнозированию точно установить круг социальной активности, нуждающейся в урегулировании, что неизбежно влечет проблему как избыточности (*overinclusion*), так и недостаточности нормы (*underinclusion*) в отношении некоторых общественно полезных или социально вредных видов деятельности; в-третьих, потребность в участии профессиональных юристов для применения строгих правил, что требуется в меньшей степени при применении интуитивно понятных стандартов⁸. Руководствуясь приведенными закономерностями, Познер доказывает, например, что в области уголовного права, с точки зрения выгоды и издержек, предпочтительно конструирование законодателем конкретных норм, а не стандартов, и правоительство судов в этой сфере должно быть сведено к минимуму.

Значимый вывод для настоящей статьи состоит в следующем: «...правило следовать решенному, которое требует от суда приверженности прецеденту, основывается, хотя бы отчасти, на осознании издержек неопределенности в связи с изменениями правил»; но в какой-то момент времени издержки несовершенства, устаревания правила (реже — стандартов) начинают превосходить издержки правовой неопределенности; это значит, что строгое следование прецеденту означало бы потребность в изменении законодательства, которое непродуктивно там, где издержки законодательского процесса сравнительно велики; поскольку, по мнению автора, принятие закона Конгрессом США более затруднительно, чем статута — парламентом Соединенного Королевства, американские суды не склонны столь строго придерживаться прецедентов⁹. Ровно противоположным

⁴ Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. Т. 2. СПб., 2004. С. 725.

⁵ Isaac Ehrlich, Richard A. Posner. Op. cit. P. 277.

⁶ Richard A. Posner. The Theory and Practice of Citations Analysis, with Special Reference to Law and Economics // University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper (September 1999). No. 83, p. 26.

⁷ Познер Р. Экономический анализ права. С. 719–720 и 730.

⁸ Isaac Ehrlich, Richard A. Posner. Op. cit. P. 277.

⁹ Ibid. P. 278.

образом, по утверждению И.Ю. Богдановской, исторически обстояло дело в Великобритании: «основное назначение статута заключается в восполнении пробелов в прецедентном праве, а также в устранении его устаревших положений»¹⁰.

Так или иначе, можно предположить, что и Конституционный Суд РФ вынужден в меру гибко, сообразно реалиям времени («конкретно-историческим условиям») применять свои правовые позиции, поскольку изменение Конституции повлекло бы существенно большие издержки. Не случайно Г.А. Гаджиев в своей книге проанализировал постановление КС РФ 2015 г. об отступлении от установленного Конституцией «идеального» срока полномочий депутатов в связи с изменением даты выборов в Госдуму с позиций экономического анализа права и пришел к выводу, что в подобных делах КС РФ, учитывая доводы социологического, экономического, культурного свойства, выступает в роли второго законодателя, т.е. занимается конституционной политикой¹¹.

2. Критикуя позицию Л. Уайнреба и отчасти К. Санстейна о значимости аналогии, Познер указывает следующее. «Вопрос состоит в роли прецедента в тех делах, по которым отсутствует предыдущее решение непосредственно по спорному вопросу»; «судебное постановление обычно превосходит даже лучше обоснованный научный анализ из-за ценности, которую право приписывает стабильности», «но там, где нет holding, а есть только dicta», роль внеправовых знаний «определяется их внутренней ценностью, а не их официальным источником». В таких случаях (особенно, если речь идет о так называемых *hard cases* — сложных делах) неясно, почему dicta (необязательная часть судебного решения) должен придаваться больший вес, чем обоснованным выводам ученых в соответствующей области знаний. По этой причине, предполагает автор, более просвещенные о существе рассматриваемых ими дел судьи, как и располагающие большими внеправовыми сведениями специализированные суды, менее почтительны к прецедентам¹².

Следовательно, многое зависит от прочтения прецедента. Причины для узкого прочтения (*narrowing*) сферы действия прецедента могут состоять в следующем: наличие у судьи, рассматривающего новое дело, дополнительной, недоступной ранее, информации; недостаточно внимательное отношение судьи в более раннем деле к спорному вопросу (возможно, в силу его второстепенного значения); несогласие судьи с анализом (но не с выводом) из предыдущего решения; непредусмотрительное использование в предшествующем решении чрезмерно широких формулировок, непреднамеренно охвативших и спорный вопрос, и др.

«Решение расценивать часть более раннего судебного акта в качестве dictum — это и решение обращаться с нею как с относительно неважной для рассматриваемого дела. Это открывает дверь для исследования иных источников для руководства»¹³. Такими ориентирами автор в самом общем ключе называет ценности, политику, принципы, доктрины, этические идеи.

Впрочем, что важно для настоящей статьи, с позиции Познера, искусство «различения прецедента как обоснования (*holding*) и прецедента как информации (*dictum*)» не имеет ничего общего с обращением к аналогиям — это вопрос судебной политики; судья, рассматривающий дело, находится в привилегированном положении просто потому, что высказывается позднее, и он выбирает, в чем состоит прецедент; именно он принимает «решение о том, какой вес придать более раннему прецеденту — применить ли его вообще и если да, то как широко, — прагматическое решение, при котором неопределенность, создаваемая слишком небрежным отношением к прошлым решениям... сопоставляется с возрастающим риском ошибки, которую создает не критический взгляд на прошлые решения... Обоснование по аналогии не является инструментом для достижения такого баланса»¹⁴. К этому стоит сделать оговорку: в ряде своих работ Познер отмечал: «...правило, созданное единичным решением, обычно чрезвычайно узко по сфере действия», кроме того, «оно может быть отброшено, проигнорировано или отменено»; более широкое прецедентное правило обычно требует серии судебных решений, «устанавливающих юридическую значимость немного различающихся наборов фактов», которые «кристаллизуют» это правило, придают ему такую же силу, как и закон¹⁵.

Для иных же случаев Познер не ограничивается констатацией несостоятельности аналогического обоснования решений, но даже настаивает на возможных негативных последствиях такого обоснования: «...неудивительно, что “настоящее” обоснование по аналогии — переход от старого дела к новому на основе некоторого ошутимого “сходства” — становилось источником многих вредных судебных доктрин»¹⁶. Примером такой ошибочной и вредной аналогии автор называет, вслед за С. Тулмином, средневековое католическое понимание процента за пользование займом как разновидности кражи, игнорирующее экономическую природу этого процента (компенсация за неполучение дохода, возможного при ином использовании этих средств). Сходный пример — сравнение с кражей вещи (осязаемого имущества) «кражи» объекта интеллектуальной собственности посредством производства пиратских копий,

¹⁰ Богдановская И.Ю. Закон и судебный прецедент: Эволюция борьбы за верховенство // Российское правосудие. 2015. № 9. С. 22.

¹¹ Гаджиев Г.А. Право и экономика (методология) : учебник для магистрантов. М. : Норма: ИНФРА-М. 2016. С. 168–172.

¹² Richard A. Posner. The problems of jurisprudence. Harvard, 1990. P. 93–98.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ William M. Landes and Richard A. Posner. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis // 19 Journal of Law and Economics 249 (1976). P. 1–2 ; Познер Р. Экономический анализ права. С. 719.

¹⁶ Richard A. Posner. Overcoming law. Harvard University Press, 1995. P. 519.

не учитывающее различия в возможности пользования собственником такого рода объектом¹⁷. Автор признает, что «в системах прецедентного права, таких как в США или Англии, цитирование — заметная черта большинства судебных решений»¹⁸, правда, отмечает он же, такое цитирование часто имеет «риторическую функцию», иными словами, используется, чтобы решение выглядело солиднее, чем на самом деле»¹⁹. В приведенных примерах аналогия как способ обоснования, действительно, сближается с метафорой как приемом риторики.

В недавней работе (статье, написанной в ответ на книгу Л. Уайнреба), Познер подтвердил высказанные им ранее взгляды о роли аналогии в прецедентном праве. Полагаем, что для удобства они могут быть еще раз концентрированно изложены в следующих тезисах:

1. «Формулировка правила может определять сферу своего действия так ясно и точно, что применение этого правила к новому набору фактов не потребует изучения цели, стоящей за ним»; такое применимое правило может быть обжаловано по соображениям публичной политики, однако оно «может быть столь укоренившимся, что такое обжалование будет обречено на неудачу», либо это может быть правило, «содержащееся в законе, которым суд связан... и которое не уязвимо для конституционного обжалования».

2. Напротив, «юридическое мышление в новых делах — делах, не урегулированных традиционными правовыми источниками, такими, как ясный законодательный текст или не оспоренный прецедент... очевидно движимо политикой...»; для того чтобы разрешить новое дело, «суд извлекает цели или политику, лежащие в основе дел, цитируемых в качестве релевантных рассматриваемому, и задается вопросом, какое решение будет служить этим целям или политике».

3. В этих случаях «диапазон соображений политики», которые учитывают судьи, все же скромнее, чем у членов парламента, в силу «институциональных различий между судами и законодателями и обязывающего действия прецедентов, по крайней мере, в отношении нижестоящих судов»; «Материалы, востребованные для решения, включают все, что общество признает уместным для решения правового спора, и очевидно включают экономические соображения...»²⁰

Например, экономические доводы не могли не сыграть роли при принятии известного решения *Kelo v. City of New London*, где Суд постановил, что изъятие имущества у одного частного собственника в пользу другого (инвестора) в целях содействия экономическому развитию целой территории (создание рабочих мест, устройство рекреационной зоны и др.) отвечает оговорке *public use*

по смыслу Пятой поправки²¹. Суд подчеркнуто ссылался на череду прецедентов, в которых он уже придал расширительное толкование доктрине «публичного использования» (*Berman v. Parker, Hawaii Housing Authority v. Midkiff и др.*), при том что обстоятельства более ранних дел отличались (территория находилась в упадочном состоянии либо была чрезмерно монополизирована землевладельцами, а участки заявителей препятствовали комплексной реализации плана). Неудивительно, что Ричард Познер в своем блоге (вместе с постоянным соавтором — нобелевским лауреатом по экономике Гэри Бэккером) лишь кратко обмолвился, что оценка «корректности» решения зависит от приверженности теории конституционного контроля и прочтения прецедентов ВС США, и сконцентрировался целиком на возможных экономических мотивах и последствиях этого решения (проблема *holdout* — провал рынка, возникающий из-за использования собственниками сильно фрагментированных земельных участков в урбанизированной зоне монопольной власти по установлению их выкупной цены)²².

В общем, изложенное можно резюмировать следующим образом. Для экономического анализа, безусловно, не характерно слепое следование единожды установленным правилам — ему свойственно критическое восприятие целей и принципов, которыми должен был руководствоваться автор этих правил (парламент, вышестоящий суд). Роль аналогической аргументации по этой причине — за пределами чисто риторического, декоративного значения — обычно не велика и подчас только вводит в заблуждение читателя, «маскирует» мотивы решения. В то же самое время экономический анализ права вовсе не дает судье оснований игнорировать требование сохраняющего силу обязывающего прецедента, особенно когда сфера действия установленного им правила совершенно ясна.

Аналогия, судебный минимализм, экономический анализ в практике Конституционного Суда РФ

1. Поскольку проблеме аналогического обоснования в решениях КС РФ уже посвящены три предыдущие статьи автора, опубликованные в настоящем журнале, будет целесообразным лишь обобщить основные их выводы и далее сделать акцент на соотношении этого приема аргументации с двумя рассматриваемыми стратегиями — экономического анализа Р. Познера и судебного минимализма К. Санстейна.

Правовая позиция, выраженная в решении Конституционного Суда РФ, имеет явное сходство с *ratio* или *holding*, формулируемыми в актах Вер-

¹⁷ Познер Р. Интеллектуальная собственность: экономико-правовой подход. URL: <http://privatelaw.ru>

¹⁸ Richard A. Posner. The Theory and Practice of Citations Analysis. P. 4.

¹⁹ Richard A. Posner. The problems of jurisprudence. P. 93.

²⁰ Richard A. Posner. Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument // 91 Cornell Law Review (2006). P. 761–774.

²¹ *Kelo v. New London* (04-108) 545 U.S. 469 (2005). URL: <http://www.becker-posner-blog.com/2005/06/the-kelo-case-public-use-and-eminant-domain--posner-comment.html>

²² URL: <http://www.becker-posner-blog.com/2005/06/the-kelo-case-public-use-and-eminant-domain--posner-comment.html>

ховного Суда США²³, в том, что представляет собою правило поведения или стандарт, сфера действия которого может быть корректно установлена при обращении к фактическим обстоятельствам, изложенным в мотивировочной части одного или нескольких решений, и сделанному им выводу относительно спорного вопроса. Определение правовой позиции КС РФ также может быть дано от противного перечислением того, что не относится к таковым. Во-первых, это итоговый вывод относительно (не)соответствия конкретной нормы положениям Конституции РФ (поскольку выражаемое им правило имеет «оперативный» характер — отменяет или подтверждает иное правило без его модификации); во-вторых, буквальное, изъяснительное истолкование нормы (поскольку оно не может претендовать на самостоятельное регулирующее воздействие на сторон правоотношений); в-третьих, изложение фактических обстоятельств дела или обстоятельств принятия правовой нормы (поскольку оно в принципе не подразумевает создание или провозглашение правила); в-четвертых, изложение общеизвестных или специально-научных сведений (поскольку оно также имеет не прескриптивный, т.е. нормативно-обязывающий, а дескриптивный, т.е. описательный, характер); в-пятых, иные правовые аргументы, имеющие факкультативное значение, например, о тенденции в судебной практике или о последствиях несогласованности двух норм закона (поскольку они обычно также не формулируют самостоятельное правило, а лишь подкрепляют его).

Как и в случае с судебным прецедентом, решения КС РФ не могут игнорироваться, отменяться или произвольно применяться судами (хотя те и принадлежат к иным юрисдикциям, но в вопросах толкования права находятся в подчиненном к КС РФ положении в силу общеобязательности принятого в пределах компетенции судебного решения и учитывая возможность отмены их актов проверочной инстанцией). Помимо итогового вывода о (не)конституционности нормы, применению подлежат не любые доводы, упомянутые Судом, а именно правовые позиции или *ratio* решения, а основанием для отказа в их применении могут служить существенные различия, т.е. обстоятельства, не являвшиеся предметом исследования Конституционного Суда. Сам Конституционный Суд, как и Верховный Суд США, должен достаточно последовательно руководствоваться своей практикой²⁴, поскольку иное нарушало бы принципы правовой определенности и юридического равенства и умаляло бы авторитет судебной власти, но в исключительных случаях (в силу допущенной фундаментальной ошибки или в связи с радикальными изменениями в обществе) вправе отступить от этого требования. Конституционный Суд по-

мимо «следования прецеденту» или «дифференцирования» также использует технику «расширения» и «сужения» сферы действия высказанной им ранее правовой позиции, когда в силу недостатка информации или иных причин он не мог ранее сформулировать ее пределы с достаточной точностью.

Между установлением аналогичности фактических обстоятельств дела в прецедентном праве США и аналогичности правовых конструкций в российском конституционном судопроизводстве нет и не может быть непреодолимых различий постолюку, поскольку диспозиция правовой нормы — это идеальное описание или модель набора фактов («факт (ситуация, решение и т.д.) получает нормативный, т.е. общий, характер, который означает, что он выступает образцом, моделью, казуистически изложенной нормой поведения»)²⁵. В основе этих процессов лежит единая способность мышления — сравнивать, т.е. выявлять существенные сходства или различия между объектами созерцания. Заметно стремление законодателей, самих судов упростить процессуальную форму разрешения споров, по своему существу аналогичных уже разрешенным ранее. А именно как «позитивные» определения, так и постановления, принимаемые КС РФ в порядке письменного производства, призваны были упростить рассмотрение аналогичных дел на основе единой правовой позиции Суда. Можно провести условную параллель с принятием Верховным Судом США некоторых решений в процедуре *per curiam* (лат. «от лица суда»). Они являются анонимными (хотя могут сопровождаться особым мнением), выносятся без проведения слушания (хотя существуют и исключения), обычно имеют небольшой объем (иногда и вовсе одну строку). «Традиционно решение *per curiam* использовалось, чтобы выделить дело как беспорочное, очевидное» или, как писал Б. Кардозо, «предопределенное и разрешимое лишь одним способом»; так в серии дел о раздельном пребывании чернокожих граждан в публичных пространствах, последовавших за делом Брауна, «Суд выстроил “мост из решений *per curiam*”, чтобы расширить десегрегацию, подразумевая, что каждое последующее дело в своем выводе неизбежно следовало за предшественником»²⁶.

2. Ранее на основе публикаций К. Санстейна уже делалась гипотеза о том, что в некоторых спорах оправдана стратегия судебного минимализма (разрешение глобальных правовых проблем ситуативно — *on case-by-case basis*), а в некоторых целесообразно формулирование судом положений, близких по своему охвату и степени абстрактности к законодательным; в каком-то смысле это и дилемма выбора между правилами и стандартами, о которой пишет Р. Познер. Эта гипотеза, как кажется, находит подтверждение на материале прак-

²³ См.: Гаджиев Г.А. *Ratio decidendi* в постановлениях Конституционного Суда России // Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. Вып. 2 (4). Ереван, 1999; Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12.

²⁴ Недействующая ныне статья 73 ФКЗ о КС РФ служит тому убедительным подтверждением.

²⁵ Папова И.В. Судопроизводство в контексте российской правовой культуры // Вестник ВАС РФ. 2012. № 1.

²⁶ Ira P. Robbins. *Hiding Behind the Cloak of Invisibility: The Supreme Court and Per Curiam Opinions* // *Tulane Law Review* 86, № 6 (2012), p. 1197–1242.

тики Конституционного Суда РФ. В самом общем плане можно утверждать, что осторожность в универсальных решениях Суд проявляет тогда, когда оцениваемый правовой институт является новым для всей правовой системы, и как следствие, для практики самого Суда.

К примеру, введение института сделки с правосудием поставило фундаментальный вопрос²⁷ о процессуальном статусе «сообвиняемого» (соучастника преступления, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве и уголовное дело в отношении которого выделено и который допрашивается обвинением в ходе основного дела) и о доказательственной силе его показаний. Заимствование законодателем института «гражданской конфискации» (обращение в доход государства имущества публичного служащего, в отношении которого им не представлены свидетельства законности источников его приобретения, в гражданско-правовом порядке) поставило многогранный вопрос²⁸ о перечне имущества, времени его приобретения, круге членов семьи — в отношении которых его применение правомерно. Логично предположить, что КС РФ не взял на себя смелость предвидеть все возможные аспекты этих проблем и дать обобщенные рецепты их решения (внимательный читатель может заметить, что он даже остерегся использовать в постановлениях приведенные выше в кавычках броские доктринальные понятия).

Напротив, предположим, что, например, в делах о «профессиональной стигматизации» (запрете лицам, в отношении которых осуществлялось уголовное преследование, заниматься определенным видом деятельности), имея в виду широчайшую распространенность таких споров, относительную простоту затрагиваемого ими правового вопроса, особую ценность предсказуемости и стабильности практики в этой сфере, КС РФ мог бы сформулировать универсального рода правовую позицию, которой следовало бы руководствоваться сторонам трудовых отношений и судам во всех аналогичных случаях.

Практика КС РФ знает примеры расширения им сферы действия (универсализации) своей правовой позиции в сравнении с тем, как она была очерчена ранее, на основе правил аналогии. Например, в Определении от 12 мая 2016 г. № 1144-О Суд напомнил свою позицию о том, что «введение предельного возраста для нахождения на государственной должности, должности государственной службы, как обусловленное спецификой профессиональной деятельности по обеспечению исполнения полномочий государственных органов, не может расцениваться в качестве дискриминационного ограничения конституционных прав»; затем Суд привлек свою позицию о том, что «специфическим признаком нотариальной деятельности является совершение нотариальных действий от имени государства, чем гарантируется доказатель-

ственная сила и публичное признание нотариально оформленных документов, предопределяется специальный публично-правовой статус нотариусов»; указав, что «ограничения возможности занимать определенные должности в связи с достижением предельного возраста предусмотрены в отношении широкого круга субъектов, осуществляющих публично значимые функции», Суд одновременно отметил, что хотя «деятельность нотариуса и адвоката не является предпринимательской и имеет своей основной задачей оказание на профессиональной основе квалифицированной юридической помощи... при всей схожести таких характеристик не исключается возможность социально оправданной дифференциации в правовом регулировании отношений с их участием»; отметив некоторые дополнительные, второстепенные аргументы (о необходимости «обеспечения равного доступа к нотариальной деятельности», о меньшей «строгости» ограничения в сравнении с государственными служащими), Суд в итоге пришел к главному выводу о том, что соответствующее ограничение по возрасту правомерно распространяется и на нотариусов.

Роль аналогического мышления здесь состояла именно в том, чтобы в отсутствие универсального принципа широкого действия (для каких категорий лиц ограничение по возрасту всегда оправданно, а для каких — всегда дискриминационно), из которого решение выводилось бы дедуктивным путем, установить, что между нотариусами и чиновниками (в отношении которых сходный вопрос уже был положительно решен Судом) применительно к рассматриваемой проблеме сходства более существенны, релевантны, чем между нотариусами и адвокатами (в отношении которых существует обратное регулирование, не ставящее под сомнение в силу презумпции его конституционности), и распространить свою позицию по прежнему делу на новое.

В отдельных случаях можно проследить и стремление КС РФ очертить пределы действия правовой позиции, которая в практике может быть понята слишком широко. Так, Определение от 2 марта 2006 г. № 55-О можно трактовать как предполагающее при применении таких мер государственного принуждения, как высылка за пределы Российской Федерации, отказ в выдаче разрешения на временное пребывание и др. за неоднократные в течение одного года нарушения установленного порядка пребывания (проживания) иностранных граждан, обязательный учет уполномоченными органами исполнительной власти и судом личности этого иностранного гражданина, его семейного положения, а также характера и степени общественной опасности совершенных правонарушений. Между тем в последующей «отказной» практике КС РФ, видимо, учитывая не аналогичные друг другу обстоятельства конкретных дел заявителей (среди которых случались и особенно грубое игнорирование иностранцем мигра-

²⁷ Ср. Постановление от 20 июня 2016 г. № 17-П и более ранние определения, в частности от 16 июля 2015 г. № 1798-О. URL: www.ksrf.ru

²⁸ См.: Постановление от 29 ноября 2016 г. № 26-П и последующее Определение от 20 декабря 2016 г. № 2727-О. URL: www.ksrf.ru

ционного законодательства, и вступление в брак с целью избежать применения принудительных миграционных мер и др.), в ряде случаев отказывался подтвердить (транслировать) эту позицию, указывая лишь, что «наличие семьи не обеспечивает иностранным гражданам бесспорного иммунитета от законных и действенных принудительных мер в сфере миграционной политики, соразмерных опасности миграционных правонарушений и практике уклонения от ответственности» (определение от 19.11.2015 № 2667-О; от 20.04.2017 № 739-О и др.). Иными словами, широкая концепция учета «гуманитарных обстоятельств» при ограничении миграционных прав, не отвергаясь, подверглась уточнению.

3. В современной отечественной литературе исследование «права и экономики» распадается на несколько относительно самостоятельных направлений: история предпосылок и эволюции идеи экономико-правового анализа за рубежом²⁹, теоретико-правовые основания и методологически допустимые пределы использования экономического анализа в юриспруденции вообще³⁰, особенности применения экономического анализа к отдельным отраслям и институтам права (преимущественно корпоративного, авторского, антимонопольного, налогового)³¹. Существует также редчайшие публикации, демонстрирующие пригодность экономико-правовых доводов для разрешения конституционно-судебных споров³², возможность экономико-правовой оценки последствий конкретных решений Конституционного Суда РФ (например, в сфере защиты прав собственности)³³. Исходя из изложенного, идею о применимости экономико-правового инструментария в конституционно-судебной деятельности уже трудно назвать новаторской. Тем не менее учеными пока не сделано попытки изложить систем-

ный взгляд на то, каким образом этот инструментарий может сочетаться с традиционно правовыми инструментариями в конституционном судопроизводстве, такими как толкование (грамматическое, телеологическое и иное) проверяемых норм и норм, являющихся критериями проверки, использование различных тестов для оценки ограничения прав (тест на пропорциональность, метод взвешивания) и т.д. Также не указывается, в каких делах экономико-правовой анализ наиболее востребован, каков вес соответствующих аргументов в сравнении с аргументами юридического свойства, какое выражение они находят на страницах судебного решения и т.д. Следовательно, не очевидно и соотношение экономико-правового метода познания и метода аналогии в конституционном праве.

Экономический анализ в процессе разрешения дела КС РФ может быть пригоден в самых разных целях. Во-первых, при установлении Судом действительных намерений законодателя при введении им той или иной нормы, когда такие намерения не полностью очевидны из содержания самой нормы (целевое истолкование)³⁴, например, для правильного определения природы регулируемых правоотношений³⁵. Во-вторых, при оценке оспариваемого ограничения с точки зрения принципа соразмерности (пропорциональности), в частности: для понимания наличия или отсутствия самого факта вмешательства в права лица, вызванного в результате применения нормы, и его масштаба³⁶; наличия законной цели ограничения, в частности экономической обоснованности обязательных публично-правовых платежей³⁷; необходимости и соразмерности установленного законом обременения прав одной стороны правоотношения защищаемым интересам другой стороны³⁸. В-третьих, при учете возможных микроэкономических (в отношении конкретных контрагентов)³⁹

²⁹ Бальсевич А. Экономика права: предпосылки возникновения и история развития // Вопросы экономики. 2008. № 12.

³⁰ Антонов М.В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // Право. 2011. № 3.

³¹ Степанов Д.И. Экономический анализ корпоративного права // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 9.

³² Одицова М.И. Экономические доводы в конституционном суде: возможности и границы их применения // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 года / под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009.

³³ Лоренц Д.В. Экономический анализ позиций Конституционного Суда РФ относительно защиты права собственности // Законодательство и экономика. 2016. № 1.

³⁴ Введение разовой компенсации за счет казны РФ при истребовании жилого помещения от добросовестного пользователя независимо от вины государства преследовало цель возмещения собственнику недвижимости потерь, было бы стимулом для привлечения инвестиций в этот сектор экономики (п. 3.2 Постановления от 04.06.2015 № 13-П). URL: www.ksrf.ru

³⁵ Если лес рассматривается как экосистема, превалирует экологический фактор и ответственность предполагает расходы на восстановление всех компонентов экосистемы на поврежденном участке; если же речь идет о лесе как о природном ресурсе, то лес рассматривается в качестве экономической категории, а потому в причиненный ущерб включается стоимость утраченных компонентов (п. 3.1 Постановления от 02.06.2015 № 12-П). URL: www.ksrf.ru

³⁶ Решение общего собрания акционеров о консолидации акций означает достаточно серьезное по своим последствиям вторжение в сферу экономических интересов миноритарных акционеров, схожее с лишением собственников их имущества (п. 5.2 Постановления от 24.02.2004 № 3-П). URL: www.ksrf.ru

³⁷ Неучет требования экономической обоснованности установления расчетной базы для обложения страховыми взносами по обязательному пенсионному страхованию (размера доходов и документально подтвержденных расходов, непосредственно связанных с извлечением доходов) повлечет избыточное финансовое обременение индивидуальных предпринимателей в нарушение баланса публичных интересов и интересов субъектов предпринимательской деятельности (п. 3 Постановления от 30.11.2016 № 27-П). URL: www.ksrf.ru

³⁸ Нельзя исключить превращения административных штрафов, имеющих значительные минимальные пределы, из меры воздействия, направленной на предупреждение административных правонарушений, в инструмент подавления экономической самостоятельности и инициативы, чрезмерного ограничения свободы предпринимательства и права собственности (п. 4.2 Постановления от 17.01.2013 № 1-П). URL: www.ksrf.ru

³⁹ Взыскатель может использовать предоставленное ему право для того, чтобы неоднократно перекладывать экономические риски, связанные с возможными трудностями реализации имущества, на которое может быть обращено взыскание, или с неблагоприятной ценовой конъюнктурой, на должника (п. 3.2 Постановления от 10.03.2016 № 7-П). URL: www.ksrf.ru

и макроэкономических (в отношении экономики страны в целом)⁴⁰ последствий действия той или иной нормы, в том числе также для оценки соразмерности ограничения, когда взвешиваемые ценности равнозначны. Вероятно, в практике Суда можно усмотреть и другие цели применения этого инструментария.

В определенных случаях доводы экономико-правового характера (эффективность регулирования) будут совпадать с доводами правового свойства (справедливость регулирования). Например, с экономической логикой — обязательство целесообразно возложить на ту сторону правоотношений, которая способна исполнить его со значительно меньшими материальными издержками, — совпадает вывод о том, что покупатель квартиры не должен оценивать риск прекращения права собственности в связи с недостатками, которые должны устраняться в рамках процедур, специально введенных в этих целях, а упущение властей не может оправдать последующие санкции против добросовестного приобретателя имущества⁴¹. В других ситуациях аргументы, диктуемые соображениями экономики, — санкция за нарушение права собственности имеет сдерживающий эффект, если она столь высока, чтобы не превращаться в плату за принудительный выкуп этого права, — могут корректироваться соображениями правовой справедливости: отсутствие у суда правомочия при определенных обстоятельствах снижать размер компенсации за однократное неправомерное использование нескольких результатов интеллектуальной деятельности ниже установленных пределов может привести вопреки конституционным требованиям справедливости и равенства к явной несоразмерности имущественной санкции ответчика ущербу, причиненному правообладателю⁴². В обоих случаях подход Суда носит ориентирующий характер при оценке аналогичных спорных вопросов в будущем.

Таким образом, основная установка конституционного правосудия — поиск справедливого баланса конкурирующих прав или ценностей (соразмерности ограничения, пропорциональности, эквивалентности) не всегда совпадает с экономической установкой — поиск наиболее эффективного или рационального (в смысле увеличения общественного благосостояния) варианта регулирования. В некотором смысле оценка ущерба от ограничения одного права (ценности) в пользу другого, более значимого в конкретной ситуации, — это оценка альтернативных издержек: согласно Ф. фон Визеру, стоимость любого произведенно-

го блага есть недополученная полезность другого блага, которое могло бы быть произведено за счет того же ресурса; иначе — это издержки отвергнутых возможностей, равные величине полезности наиболее ценной из отброшенных альтернатив⁴³. Так, альтернативные издержки наиболее полного информирования избирателей о личности кандидата на выборах могут выражаться в ущербе деловой репутации и доброму имени этого кандидата. Другое дело, что экономисты и правоведы не всегда совпадают в понимании того, что можно считать «благами» и «издержками», а также возможности их оценки и самой такой оценке. На эту напряженность между правовым и экономическим инструментарием неоднократно обращает внимание Г.А. Гаджиев: «...юридическое мышление логике экономической эффективности противопоставляет логику правовой справедливости»; и далее: «необходимо найти сложный баланс между утилитаристскими резонами, высоко ценящими категории “польза”, “эффективность”, и деонтологическими соображениями, прежде всего — этическим основанием юриспруденции — справедливостью», а полный отказ от второй категории в пользу первой означал бы «проявление неприемлемого “экономического империализма”» в духе Р. Познера⁴⁴.

Поэтому ученый постоянно возвращается в своей книге к следующей идее: «...экономическая аргументация в судебном правоприменении очень полезна и как результат допустима, но только в качестве сугубо субсидиарной, дополнительной системы аргументов»⁴⁵, «использование экономической логики при этом можно рассматривать как необходимый субсидиарный механизм юридического толкования путем выявления экономического смысла (контекста) нормы». Иными словами, выводы об эффективности того или иного варианта регулирования ни в каком случае не могут становиться единственным (решающим) доводом для Суда, а соответствующий ограничитель заложен как в определенном правосознании судей, так и в самом позитивном праве. Так, Конституционный Суд неоднократно подчеркивал, что, исходя из ст. 3 ФКЗ о КС РФ, он «решает исключительно вопросы права и, следовательно, не оценивает политическую и экономическую целесообразность» принимаемых решений⁴⁶; больше того, он вынужден иногда проявить разумную сдержанность, если «принимаемое юридическое решение имеет очевидный экономический смысл», т.е. «вправе воздержаться от выбора одного из возможных вариантов истолкования оспоренной нормы, поскольку

⁴⁰ Конфискация (взыскание стоимости) товаров и транспортных средств независимо от времени совершения или обнаружения нарушения таможенных правил может привести к дестабилизации экономических отношений (п. 3 Постановления от 27.04.2001 № 7-П). URL: www.ksrif.ru

⁴¹ Пункт 79 Постановления ЕСПЧ от 6 декабря 2011 г. «Дело «Гладышева (Gladysheva) против Российской Федерации» (жалоба № 7097/10) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴² Постановление от 13 декабря 2016 г. № 28-П. URL: www.ksrif.ru

⁴³ См.: Фридрих фон Визер. Теория общественного хозяйства [фрагменты] // Австрийская школа в политической экономии. М.: Экономика, 1992.

⁴⁴ Гаджиев Г.А. Российские исследования в области права и экономики: уточнение юридической картины мира. IV Московский юридический форум, 6–8 апреля 2017 г. Москва. Тезисы доклада.

⁴⁵ Гаджиев Г.А. Право и экономика (методология). С. 36, 61, 65 и др.

⁴⁶ Постановление от 9 июля 2012 г. № 17-П. URL: www.ksrif.ru

ку возможные варианты ее интерпретации имеют экономические последствия, подлежащие оценке законодателем»⁴⁷.

Следующий вопрос состоит в том, в каких категориях конституционно-судебных споров экономико-правовой инструментарий может быть особенно востребован. Например, Ричард Познер, исповедующий, как заметил Г. Гаджиев, «экономический империализм», в некоторых своих работах приходит к выводу, что «экономический анализ не должен сдаваться перед лицом таких явно неэкономических явлений, как изнасилование», и делает попытку осуществить такой анализ, приходя к выводу, что такое правонарушение не создает общественного благосостояния, т.е. не является эффективным⁴⁸. Вне всяких сомнений, в отечественном конституционном судопроизводстве экономико-правовой подход получил более умеренное применение: мы чаще можем встретить его признаки в спорах, напрямую связанных с правом частной собственности и свободой экономической деятельности, и реже — в спорах об иных гражданских правах, а также политических, социокультурных, юстициарных правах. Помимо весьма условной категоризации спора как «более или менее экономического», нам видится еще один очевидный ориентир — наличие предшествующей практики Суда по аналогичным вопросам, поскольку в этом случае Суд в известной степени оказывается связан как юридическими доводами, высказанными им ранее, так и доводами экономико-правового характера, положенными в их обоснование. В отсутствие значимых изменений в правовой и экономической системах общества у Суда нет оснований продельвать сызнова уже проведенную исследовательскую работу (вновь запрашивать консультации специалистов или экспертные заключения) и подвергать сомнению сделанные ранее выводы (вводя стороны спора и общество в состояние правовой непредсказуемости).

Потому и на бумаге экономические доводы не всегда находят отражение. В Определении по жалобе АО «Управляющая компания «Арсатера» КС РФ признал не содержащим неопределенности действующий порядок объявления дивидендов на привилегированные акции, зависящий от волеизъявления общего собрания⁴⁹. Фактически оно строится на двух решениях по отдельным аналогичным поставленным в жалобе вопросам — Постановление от 24 февраля 2004 г. № 3-П (о выкупе дробных акций) о праве общего собрания акционеров самостоятельно принимать «стратегические экономические решения», диктуемые соображениями «общего для акционерного общества блага», и Определение от 24 октября 2013 г. № 1577-О о том, что «присоединение к договору

доверительного управления паевым инвестиционным фондом» в силу «рискового характера» такой деятельности означает «вероятность наступления отрицательных последствий».

В действительности за этими ссылками можно усмотреть очевидную экономическую логику. Так, Р. Познер, как и другие авторы, отмечал «большую уязвимость акционера» (в частности, владельца привилегированных акций) и, соответственно, бенефициара доверительного фонда, чем держателя облигаций, — не только перед неблагоприятными явлениями на рынке, но и неосмотрительным управлением имуществом, «невыполнением обязательств и даже злоупотреблениями со стороны корпоративного менеджмента». Выплата дивидендов не является гарантированным источником дохода, а акционер несет ответственность за диверсификацию инвестиций — тем более это касается доверительного управляющего, являющегося профессиональным участником рынка ценных бумаг, осуществляющим предпринимательскую деятельность и несущим в связи с этим экономические риски. В это же время акционер слабо заинтересован в принятии стратегических экономических решений менеджментом, так как «его интерес, как и у кредитора, является скорее финансовым, чем управленческим», и обычно он «не получает существенную часть своих средств к существованию от этой фирмы». Но «если менеджмент не учитывает интересов акционеров, рыночная цена акций фирмы падает. Бдительные инвесторы поймут, что цена акций была бы выше, если бы целью управления фирмой была максимизация дохода акционеров»⁵⁰. Таким образом, цитирование собственных решений по аналогии — это не всегда выстраивание некоей юридической «ширмы», а зачастую «ретрансляция» уже применявшихся Судом доводов, в том числе и из области экономики.

Заключение

Нет сомнений в том, что при проведении сравнительно-правовых параллелей должны соблюдаться определенные правила, обеспечивающие достоверность выводов⁵¹: подобное должно сопоставляться с подобным на основе единого критерия (параметра сравнения) — дабы не создавался «беспорядок неуместного и сближение несовместимого», когда «явления... размещены в настолько различных плоскостях, что невозможно найти для них пространство встречи» — как охарактеризовал Мишель Фуко в своей «Археологии гуманитарных наук» знаменитую классификацию животных из «некой китайской энциклопедии» аргентинца Х.Л. Борхеса⁵². В то же время признание за всякими различиями существенности сделало бы

⁴⁷ Мнение судьи Г.А. Гаджиева к Постановлению от 20 декабря 2011 г. № 29-П (по делу о льготных тарифах на авиаперевозки пассажиров). URL: www.ksrf.ru

⁴⁸ Richard A. Posner. An Economic Theory of the Criminal Law // 85 Columbia Law Review 1193 (1985). P. 1198–1199.

⁴⁹ Определение от 17 января 2017 г. № 1-О. URL: www.ksrf.ru

⁵⁰ Познер Р. Экономический анализ права. С. 556–559.

⁵¹ Кузнецов Д.А. Факторы, которые необходимо учитывать при проведении сравнительно-правового исследования практики зарубежных органов конституционного контроля // Журнал конституционного правосудия. 2016. № 3. С. 14.

⁵² Фуко Мишель. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук / в переводе В.П. Визгина. М.: «А-сэд», АОЗТ «Талисман», 1966.

невозможным любое сравнительно-правовое исследование: действительно, компетенция, процедуры, последствия решений органов конституционной (эквивалентной) юрисдикции могут различаться, однако сопоставимыми будут оставаться основные способы их обоснования, поскольку они ограничены общностью приемов познавательной деятельности человека и обусловлены едиными ценностями (в том числе авторитета судебных решений и правовой определенности). Одним из таких способов познания и, одновременно, средств достижения этих ценностей является суждение по аналогии.

Остановившись на этом и оставляя дальнейшие споры о том, есть ли место прецедентным началам в континентальном правопорядке, более искусным исследователям, предложим читателю сравнить два высказывания, сделанные американским ученым Б. Кардозо («Если группа дел затрагивает один и тот же вопрос, стороны ожидают одинакового решения... приверженность прецеденту поэтому должна быть скорее правилом, чем исключением, если стороны в судебном процессе хотят иметь веру в беспристрастное отправление правосудия в судах»⁵³) и судьей ЕСПЧ ван Дайком («Хотя Суд и не связан прецедентом, правовая определенность и юридическое равенство требуют, чтобы судебная практика Суда была одновременно согласованной и транспарентной, а также разумно предсказуемой, в той степени, в какой факты дела сравнимы с фактами более ранних дел»⁵⁴).

Литература

1. Антонов М.В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России / М.В. Антонов // Право. 2011. № 3.
2. Бальсевич А. Экономика права: предпосылки возникновения и история развития / А. Бальсевич // Вопросы экономики. 2008. № 12.
3. Богдановская И.Ю. Закон и судебный прецедент: Эволюция борьбы за верховенство / И.Ю. Богдановская // Российское правосудие. 2015. № 9.
4. Гаджиев Г.А. Ratio decidendi в постановлениях Конституционного Суда России / Г.А. Гаджиев // Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. Вып. 2 (4). Ереван, 1999.
5. Гаджиев Г.А. Право и экономика (методология) : учебник для магистрантов / Г.А. Гаджиев. М. : Норма: ИНФРА-М, 2016.
6. Гаджиев Г.А. Российские исследования в области права и экономики: уточнение юридической картины мира. IV Московский юридический форум, 6–8 апреля 2017 г. Москва / Г.А. Гаджиев // Тезисы доклада.
7. Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации / В.Д. Зорькин // Журнал российского права. 2004. № 12.
8. Кузнецов Д.А. Факторы, которые необходимо учитывать при проведении сравнительно-правового исследования практики зарубежных орга-

нов конституционного контроля / Д.А. Кузнецов // Журнал конституционного правосудия. 2016. № 3.

9. Курбатов А.Я. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России / А.Я. Курбатов. М. : Юстицинформ, 2013.
10. Лоренц Д.В. Экономический анализ позиций Конституционного Суда РФ относительно защиты права собственности / Д.В. Лоренц // Законодательство и экономика. 2016. № 1.
11. Одинцова М.И. Экономические доводы в конституционном суде: возможности и границы их применения / М.И. Одинцова // Очерки конституционной экономики. 23.10.2009 / под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009.
12. Панова И.В. Судопроизводство в контексте российской правовой культуры / И.В. Панова // Вестник ВАС РФ. 2012. № 1.
13. Познер Р. Интеллектуальная собственность: экономико-правовой подход. URL: <http://privatelaw.ru>
14. Познер Р. Экономический анализ права : в 2 т. Т. 2 / Р. Познер. СПб., 2004.
15. Степанов Д.И. Экономический анализ корпоративного права / Д.И. Степанов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 9.
16. Фридрих фон Визер. Теория общественно-го хозяйства. Тюбинген, 1914.
17. Фуко Мишель. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук / в переводе В.П. Визгина. М. : «А-сэд», АОЗТ «Талисман», 1966.

References

1. Benjamin N. Cardozo. The Nature of the Judicial Process / New Haven and London : Yale University Press, 1921.
2. Ira P. Robbins. Hiding Behind the Cloak of Invisibility: The Supreme Court and Per Curiam Opinions // Tulane Law Review 86, № 6 (2012).
3. Isaac Ehrlich, Richard A. Posner. An Economic Analysis of Legal Rulemaking // Journal of Legal Studies. Vol. 3. No. 1. 1974.
4. Richard A. Posner. An Economic Theory of the Criminal Law // 85 Columbia Law Review 1193 (1985).
5. Richard A. Posner. Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument // 91 Cornell Law Review (2006).
6. Richard A. Posner. Overcoming law. Harvard University Press, 1995.
7. Richard A. Posner. The problems of jurisprudence. Harvard, 1990.
8. Richard A. Posner. The Theory and Practice of Citations Analysis, with Special Reference to Law and Economics // University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper (September 1999). No. 83.
9. William M. Landes and Richard A. Posner. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis // 19 Journal of Law and Economics 249 (1976).

⁵³ Benjamin N. Cardozo. The Nature of the Judicial Process / New Haven and London : Yale University Press, 1921.

⁵⁴ Постановление ЕСПЧ от 23 апреля 1997 г. по делу «Ван Мехелен (Van Mechelen) и другие против Нидерландов» (жалобы № 21363/93, 21364/93, 21427/93 и 22056/93) // СПС «КонсультантПлюс».