

# АРГУМЕНТАЦИЯ В ПРАВЕ И МОРАЛИ

*Коллективная монография*

*Под редакцией Е.Н. Лисанюк*



УДК 316.2  
ББК 60.51  
А 79

### Рецензенты

**Тимошина Елена Владимировна** — доктор юридических наук, Санкт-Петербургский государственный университет.

**Суровцев Валерий Александрович** — доктор философских наук, Томский государственный университет.

### Авторы

Антонов М.В. к.ю.н., Блохин П.Д. к.ю.н., Гайдамакин А.А. к.тех.н., Денисенко В.В. к.ю.н., Касаткин С.Н. к.ю.н., Кислов А.Г. к.филос.н., Лазаревич А.А. к.филос.н., Ларионов И.Ю. к.филос.н., Лисанюк Е.Н. д.филос.н., Микиртумов И.Б. д.филос.н., Невважай И.Д. д.филос.н., Перов В.Ю. к.филос.н., Полдников Д.Ю. д.ю.н., Самохина Е.Г. к.ю.н., Сатохина Н.И. к.ю.н., Соболева А.К. к.ю.н., Чуешов В.И. д.филос.н., Чуешов К.В., Шуман А.Н. к.филос.н.

---

А 79 Аргументация в праве и морали. Коллективная монография / Под ред. Е.Н. Лисанюк. — СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2018. — 521 с.

ISBN 978-5-905966-86-6

В книге представлены результаты новейших научных исследований отечественных и зарубежных авторов в области юридической и моральной аргументации как практической аргументации о действиях. Показано, каким образом участники судебных споров и нравственных дискуссий осуществляют аргументацию на практике, какие критерии оценки аргументации они используют, какую роль в практической аргументации играют социальный контекст, наука и искусственный интеллект; дан философско-методологический анализ ряда резонансных дел.

Результаты исследований найдут применение в ИТ-приложениях в сфере социальной практики и гуманитарного знания и внесут вклад в развитие гражданского общества и совершенствование нравственной культуры, включая технологии электронной демократии, электронного правосудия, а также в повышение доступности социальных услуг, в том числе юридических.

Монография адресована философам, правоведам, практикующим юристам, специалистам в области искусственного интеллекта, управления и менеджмента, педагогам, а также широкому кругу читателей, интересующихся «секретами» построения рассуждений и оценки аргументации в области права и морали, ее историей и современным состоянием.

ББК 60.51

ISBN 978-5-905966-86-6

© Коллектив авторов, 2018  
© ИД «Алеф-Пресс» СПб., 2018

## Обоснование по аналогии в конституционно-правовых спорах

**Аннотация.** В настоящем параграфе речь пойдет, преимущественно, о значении аналогического обоснования в практике Конституционного Суда РФ и отечественной доктрине конституционного правосудия; в то же время, поскольку особая роль этому методу аргументации была уготована историей в странах англо-американского права (идеи правового реализма и «судейского права»), большое внимание уделяется практике Верховного Суда США и американской доктрине судебного права. Соответственно, основной акцент будет сделан именно на аналогии в юриспруденции (в обосновании судебных решений); в то же время, поскольку аналогия вообще — понятие из области когнитивной науки (междисциплинарного научного направления на стыке теории познания, психологии, искусственного интеллекта), отправные точки исследования лежат в плоскости гносеологии и логики. Далее, хотя и в философии и в юриспруденции анализируемой проблеме посвящено немало научных работ, как минимум, необходимо опираться на имеющие методологическое значение труды нескольких ключевых авторов: в первом случае это Д. Гентнер, П. Барта, во втором — Б. Кардозо, Э. Леви, Ф. Шауэр, Л. Уайнреб.

**Ключевые слова:** аналогия, метафора, прецедент, правовая позиция, Аристотель, Б. Кардозо.

**Аналогия и метафора.** Целесообразно попытаться разделить аналогию как способ обоснования и метафору как прием убеждения; хотя граница между аналогией и метафорой столь же условна и подвижна, как и граница между обоснованием и убеждением («нередко аргументацию приравнивают к доказательству» [Вольф, 2013: 111]), такое разделение обычно проводится. «Аналогия — особый вид метафоры, основанный чисто на совпадении отношений (*relational match*)» между объектами, в отличие от простого «совпадения внешних данных (*mere-appearance match*)» объектов [Gentner, Jeziorski, 1993: 452]. Пример первой — сравнение движущей силы тепла с силой падающей воды в термодинамике С. Карно, пример второй — сравнение золота с солнцем и серебра с луной в алхимии Парацельса. Сходное противопоставление: если научные аналогии, «как правило, проводятся, между относительно сходными областями (например, между одним типом вируса и другим), политические аналогии часто соединяют более отдаленные предметы

(например, правительство и семью)» [Gentner, Holyoak, Kokinov, 2001: 13]. Первые могут быть обнаружены в математике, физике, биологии, а также и в гуманитарных науках, вторые традиционно представлены в алхимии, эпосе, искусстве. Еще одно противопоставление: «зачастую аналогия носит скорее ассоциативный характер, чем аргументативный (выводной), и в таком виде часто используется в псевдонаучных доводах» [Вольф, 2013: 112], например, сравнение красного цвета Марса и красного цвета кровопролития, приводит к ассоциации у древних этой планеты с войной.

Живой и образный язык решений американских или английских судей прекрасно знает те и другие примеры. Пожалуй, самая известная метафора, прочно укоренившаяся в практике ВС США и ставшая императивом публичной политики благодаря мнениям О.У. Холмса и затем У.О. Дугласа — свобода выражения мнения как «рынок идей» (кстати, истоки ее находятся в философии Дж. Милтона и Дж.Ст. Милля). В собственном смысле аналогии, тем более, часто встречаются в судебной практике: хрестоматийный пример — это сравнение кражи из запирающейся пассажирской каюты парохода и кражи из номера отеля (подробно разбираемое Л. Уайнребом и С. Брюером дело *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*<sup>1</sup>). Во многих странах, условно относимых к «континентально-европейской» правовой семье, судебным решениям присущи строгость и «казенный стиль» закона, поэтому и в практике КС РФ аллегории, иносказания и метафоры невозможно встретить, тогда как апелляции к аналогиям весьма распространены; еще интереснее обстоит дело с особыми мнениями судей в силу смешения в них жанров судебного решения и научной публикации.

Например, судья Г. Гаджиев в своем особом мнении сравнивает разнообразие случаев отступления Государственной Думой от установленного ею регламента принятия законов с множеством оттенков серого цвета<sup>2</sup>; такое сравнение, само по себе, не способно подтвердить вывод о том, что не всякое отступление от регламента ведет к неконституционности закона с точки зрения порядка его принятия, а способно лишь нагляднее выразить эту мысль. Напротив, почти «классической» аналогией выглядит следующий ход рассуждения судьи в том же мнении: а) проекты планов и программ социально-экономического развития области, в силу предшествующей практики КС РФ, должны утверждаться законодательными актами

<sup>1</sup> *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, CoA. NY, 1896.

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 28.03.2017 № 10-П.

субъектов, б) проекты правил землепользования и застройки имеют сходную с ними природу регулирования, в) следовательно, они также должны утверждаться региональными законами. Дальнейший анализ сходств и различий между отношениями, регулируемым этими двумя документами планирования, способен, теоретически, позволить оценить эту аналогию как более или менее «сильную».

*Аналогия в философии и аналогия в праве.* В самом упрощенном виде довод по аналогии — это «переход от исходного случая (*source case*) к целевому (*target case*)», состоящий из следующих элементов: базовая посылка — некая ситуация, описываемая как «С.1»; производная посылка — «А», которое является правдоподобным следствием для случая «С.1»; посылка подобия — случай «С.1», который, в общем и целом, сходен со случаем «С.2»; заключение — «А», которое также объявляется правдоподобным следствием и для случая «С.2» [Walton, 2014: 23–24]. Сообразно этому, Р. Кросс в своем выдающемся труде «Прецедент в английском праве» (1961 г.) сформулировал три стадии аналогического суждения в праве: «первая состоит в осознании подобия между предыдущим делом и тем, которое суд рассматривает, вторая — в определении *ratio decidendi* предыдущего дела, и последняя — в решении применить это *ratio* к рассматриваемому делу» [Кросс 1985, 180–181]. Еще ранее известный американский ученый Э. Леви писал, что обоснование «от дела к делу», обусловленное доктриной прецедента, состоит в следующем: сперва находится «сходство между делами», затем «провозглашается правовая норма, неотъемлемая для первого дела», наконец, эта «норма делается применимой для второго дела» [Levi, 1948: 501].

Принято считать, что в отличие от дедуктивной и индуктивной (такой, как перечисление — *enumeration*) форм умозаключения, «никто еще не сформулировал пригодного правила или набора правил для обоснованного логического вывода по аналогии» и в нем всегда имеется «некоторый анализ, который проводится интуитивно без руководства строгими формальными правилами» [Bartha, 2016]. Для оценки такого вывода предлагается «ряд общих критериев и процедур», основные из которых: 1) чем больше сходств и меньше различий, тем сильнее аналогия, 2) чем больше область неизвестного о сравниваемых предметах, тем слабее аналогия, 3) аналогии, включающие причинные связи, более убедительные, 4) структурные аналогии между отношениями (Гентнер) убедительнее, чем аналогии, основанные на внешних сходствах (Хессе), 5) относимость сходств и различий должна приниматься во внимание.

Таким образом, сходства между сравниваемыми предметами (явлениями) должны быть существенными или относимыми, чтобы суждение по аналогии имело правдоподобный характер. Как подчеркивается в Стэнфордской энциклопедии философии, «когда мы рассуждаем аналогически, мы должны определить, какие черты в двух сферах (*domain*) релевантны и как они соотносятся с заключением по аналогии» [Bartha, 2016]. Однако вся трудность состоит в том, чтобы определить, какие сходства или, напротив, различия существенны и относимы, а какие — нет. «Кажется, что сходство цвета имеет значение для прогнозирования вкуса предмета, но не для прогнозирования удобства вещи. Почему во втором случае аналогия не удается? Очевидный ответ состоит в том, что мы обладаем некоторым дополнительным жизненным опытом, который подсказывает нам, что цвет не имеет отношения к комфортабельности» [Hill, 2013: 19]. Известный из философии пример аналогии Д. Томпсон между правом лица отсоединить свою систему кровообращения, подключенную помимо его воли, к организму тяжело раненного скрипача, и правом женщины прервать беременность является, поэтому, крайне неудачным примером, т.к. даже не обсуждает существенные различия между этими гипотетическими ситуациями (такие, как наличие или отсутствие волеизъявления сравниваемых лиц и др.) [Дьячек, 2010].

Именно поэтому, в тяжбах в судах общего права «большой объем юридических доводов — это попытка одной стороны утверждать, что некоторое решение вышестоящей инстанции предопределяет результат настоящего дела, в то время как другая сторона настаивает на том, что существует достаточное различие между ними» [Schauer, 2009: 56]. Занимая ту или другую сторону (избирая один или другой применимый прецедент), суд делает во многом оценочное суждение о том, с каким уже разрешенным делом новое дело имеет наибольшее сходство. Отказ от применения правила прецедента по мотивам наличия существенных и относимых различий в фактах двух дел именуется техникой различий (*distinguishing*).

Эта познавательная техника в ее общем виде воспринята и другими правовыми системами — достаточно привести простой пример. Если судом установлено, что изъятие и вскрытие почтовой корреспонденции прямо противоречит принципу тайны переписки, при этом отслеживание и доступ к электронному сообщению является сходным действием (т.к. равным образом третьему лицу становится доступна информация помимо воли отправителя), при том, что имею-

щиеся различия между этими двумя процессами не имеют правового значения (например, технологически доступ к информации различается), следовательно, такой доступ к электронному сообщению также является неправомерным. Это пример достаточно очевидной аналогии: так ЕСПЧ без подробного обоснования заключил, что из защиты ст. 8 Конвенции приватности телефонных переговоров на рабочем месте «логически следует» защита правом на уважение частной жизни и e-mail отправлений с рабочего компьютера<sup>3</sup>.

*Критика аналогии и феномен правовых позиций.* Аристотель в «Первой аналитике» выделил две формы уподобления (*analogia*): *paradeigma* и *homiotetes*. Первая форма особенно интересна в контексте рассуждений о принятии судебных решений. Философ описал ее структуру в историческом примере: «для фиванцев война с фокейцами есть зло. И так как война с соседями есть зло, а война с фиванцами есть война с соседями, то очевидно, что вести войну с фиванцами есть зло» [Вольф, 2013: 115–116]. То есть, на основе одного или двух случаев из числа известных нам делается обобщение, правило (неполная индукция); из этого обобщения затем выводится умозаключение относительно третьего, нового случая (дедукция). Вторая форма кажется более употребимой в повседневной жизни. У Аристотеля она отлична тем, что не имеет этого промежуточного шага в аргументации, т.е. применяется, когда мы не делаем обобщение, лежащее в основании вывода, а переходим от частности к частности («доказывается не общее суждение (всякая война с соседями есть зло), а единичное (война афинян с фиванцами есть зло)») [Петров, 2008: 77]. Аристотелевская *paradeigma* способствовала появлению дедуктивистского подхода (Рассел) к объяснению аналогии как силлогизма, где промежуточное обобщение — это подразумеваемая или опущенная посылка, которая только в сочетании с информацией об исходном случае (*source domain*), ведет к заключению. Второй подход получил название индуктивистского — некоторые авторы (Картрайт) отметили, что при соблюдении определённых условий корректное обобщение возможно на основе единственного случая (*single-case-induction*) [Bartha, 2016]. Другие авторы довольно противоречиво указывали: хотя для Аристотеля аналогия, как и индукция, могла быть формой доказательства (между посылками и заключением есть логическое следование, истинность заключения гарантируется истинностью посылки — общего утверждения), возможно считать ее лишь риторическим приемом (оратор изначально

---

<sup>3</sup> Copland v. the United Kingdom, 2007, par. 41.

исходит из истинности посылки, общего положения — всякая война с соседями есть зло, — а частный случай использует лишь для демонстрации этого положения аудитории) [Петров, 2008: 76].

Интересно то, что впоследствии эта дискуссия — о состоятельности аналогии как формы умозаключения — стала центральной в западной юридической литературе. Одни авторы, такие как Л.Уайнреб, доказывали, что в праве, как и в повседневной жизни, широко распространено решение *on case by case basic* — от одного дела к другому без выхода на широкие обобщения (напр., в случае кражи вещи из запертой каюты владелец парохода несет ответственность, т.к. пароход должен рассматриваться как «плавающий отель») [Weinreb, 2005: 41]. Другие, такие как Р.Познер, возражали, что в этом случае судья, как и рассуждающий человек вообще, формально ссылаясь на аналогичный случай, реально принимает решение исходя из более широкого правила (диктуемого соображениями экономического благосостояния, справедливости и т.д.), которое только и делает эти дела сходными [Posner, 2006] (владелец парохода отвечает за кражу из каюты, как и отельер за кражу из номера гостиницы, т.к. в обоих случаях клиент разумно полагается на обеспечение сохранности своих вещей в запираемом помещении). Компромиссную позицию предложил К. Санстейн, утверждая: с одной стороны, любой человек и, в частности, судья, обосновывая одну частность ссылкой на другую, привлекает более абстрактный принцип (рациональное основание аналогии), общий для них обеих; в то же время, принцип может быть столь абстрактным (особенно конституционные доктрины), что корректно установить сферу его применения можно, только обратившись к тому, как он применялся в смежных делах; он также приводит ряд прагматических доводов в пользу аналогии, таких как согласованность или преемственность судебной практики между поколениями судей [Sunstein, 1992: 78].

Рискнем предположить, что такой общий принцип, который устанавливает суд, разрешая конкретное дело, в прецедентном праве имеет отношение к *ratio decidendi* или *holding* — правилу или стандарту, создаваемому судьей (согласно старой деклараторной легенде — лишь провозглашаемому им) и восполняющему неопределенность в праве и имеющему обязательное значение на будущее; в отечественном конституционном правосудии — к правовой позиции, т.е. положению высокой степени нормативной обобщенности, образуемому в «точке встречи» абстрактных конституционных идей и конкретных судебных дел. С точки зрения аристотелевской



логики, эти общие принципы и есть опущенная посылка, промежуточный шаг в аналогическом умозаключении, которая выводится судьей методом индукции (часто из 1 судебного спора — «резольтивное обобщение» или серии однотипных дел — «синтез» [Бернам, 2006: 144–154]) и затем дедуктивным путем накладывается на новое дело. Эта посылка концентрирует в себе все значимое и оставляет для истории все несущественное: как верно пишет Ф. Шауэр, вычленив из набора правовых аргументов и описания фактов *ratio* решения — значит понять, «почему суд решил дело именно так, как он решил»; в знаменитом деле *Donoghue v. Stevenson* 1932 г. о попавшихся покупателю остатках мертвой змеи в бутылке имбирного эйля Палата Лордов установила ответственность производителя товара за вред, причиненный покупателю отсутствием надлежащей осмотрительности, поскольку покупатель или посредник не были в состоянии сами исследовать продукт на предмет дефектов; это положение составляет *ratio* и применимо к новым делам, будь то ущерб, причиненный потребителю иного напитка иным посторонним предметом, или даже ущерб, причиненный покупателю приобретенным у дилера неисправным автомобилем [Schauer, 2011].

То же самое касается без преувеличения ключевой части решения Конституционного Суда РФ, которая именуется правовой позицией (по меткому замечанию Г.Гаджиева, это «кристаллизованное право»). Показательны в этом плане постановления по жалобе гражданки Лымарь 2016 г. и по запросу Ленинградского областного суда 2017 г. относительно права женщин — которые не могут приговариваться к высшей мере наказания в виде пожизненного лишения свободы — на слушание их обвинения судом присяжных. Суть возникшей проблемы довольно точно подметили СМИ: «Обвиняемая потребовала суда присяжных, но судьи в растерянности: Конституционный суд открыл доступ к суду присяжных для женщин, обвиняемых в убийстве, но про обвиняемых в производстве наркотиков ничего не говорил»<sup>4</sup>. Однако, поскольку правовая позиция Суда в постановлении № 1 (воспроизводится на стр. 11–12 постановления № 2) состояла в недопустимости лишения подсудимого такой правовой гарантии, как «суд равных», лишь по признаку пола<sup>5</sup>, то указание по ходу постановления № 1 на конкретный состав преступления, совершенного заявительницей, не являлось неотъемлемой

---

<sup>4</sup> URL: <https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2017/03/21/681996-prisyazhnikh-pozhilih-ubiits>.

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 25.02.2016 № 6-П.

частью правовой позиции и не ограничивало ее сферы действия (исходя из стр. 13 постановления № 2). Суд обратил внимание, что этот факт должен учитываться как законодателем при совершенствовании регулирования, так и судами при рассмотрении новых дел, т.к. изложенные «правовые позиции в полной мере применимы к оценке процедуры рассмотрения уголовных дел по обвинению женщин в других преступлениях...»<sup>6</sup>.

В этом смысле резерв правовой позиции всегда оказывается «богаче», чем вывод Суда по конкретному спору, подобно тому, как закон всегда оказывается «умнее» его создателя. Кстати, здесь проявляется и семантическая разница в понятиях аналогичный (похожий) спор и идентичный (тождественный) спор: первый будет рассмотрен в упрощенном порядке, а от повторного рассмотрения второго высокий суд обычно должен воздержаться вовсе.

*Польза аналогии в конституционном праве.* В философии среди иных (логических) доводов в поддержку обоснования по аналогии, демонстрирующих его познавательную пользу, был предложен прагматический довод, также демонстрирующий его социальную и познавательную пользу: аналогическое обоснование обеспечивает «консервативные познавательные ценности, такие как простота и согласованность с существующими убеждениями, и прогрессивными познавательными ценностями, такими как плодотворность и теоретическая унификация» [Bartha, 2016]. Представляется, что в науке любые прагматические резоны менее убедительны, т.к. утверждение, доказательно продемонстрировавшее свою ошибочность, должно быть отброшено. В практической юриспруденции дело обстоит иначе: знаменитому Л. Брандэйсу приписывают слова о том, что иногда важнее, чтобы правило было установлено, нежели, чтобы оно было установлено верно; кроме того, суждение об истинности в конституционном праве всегда будет иметь весьма оценочный, мировоззренческий характер суждения о справедливости, сбалансированности и т.д.

Таким образом, поставленный здесь вопрос — прагматический вопрос о степени обязательности следования прецеденту судами конституционной (эквивалентной) юрисдикции, как мудро заметил судья Познер, вопрос баланса между издержками неопределенности изменения правил и издержками несовершенства этих правил [Posner, 1990: 93–98]. Если безусловная обязанность нижестоящих судов следовать решениям по аналогичным делам судов вышестоя-

<sup>6</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 11.05.2017 № 13-П.

ящих в пределах одной юрисдикции (вертикальный прецедент) не вызывает особенного сомнения, то не столь укоренилась в обычае и доктрине обязанность судов, включая Верховный Суд США, придерживаться собственной предшествующей практики (горизонтальный прецедент или *stare decisis*). На этот счет в литературе высказывались разные точки зрения: если Э. Леви утверждал, что «конституционная интерпретация не может быть столь последовательной, как развитие прецедентного права или применение статутов» [Levi, 1948: 541], то К. Санстейн пишет, что «аналогическое обоснование имеет решающее значение в конституционных спорах» [Sunstein, 1996: 146]. Бенджамин Кардозо в лекциях почти 100 лет назад, основываясь на своем богатом опыте члена ВС США, рассуждая о конфликте аналогического обоснования (обозначенного им как «философский метод») и метода социологической юриспруденции, пришел к выводу: «один из основополагающих общественных интересов в том, чтобы право было единообразным и беспристрастным... Тем самым, в целом должно существовать следование прецеденту» «...пока нет какой-либо серьезной причины, которой обыкновенно является какое-либо соображение из истории, обычая, политики или справедливости (justice)» — тогда у судьи «должно быть меньше колебаний перед открытым признанием этого и полным отказом от правила. Нам иногда приходится делать это в области конституционного права» [Кардозо, 2017: 21, 59, 77]. Так или иначе, на практике существуют некоторые хитрости, позволяющие отказать в применении нежелательному прецеденту, используемые обычно апелляционными судами: его отмена, сужение сферы действия, расширение сферы действия конфликтующего с ним прецедента.

Первыми крупными учеными, отметившими сходство правовых позиций и *ratio decidendi*, были В.Д. Зорькин и Г.А. Гаджиев. В Конституции РФ, ФКЗ о судебной системе или ФКЗ о Конституционном Суде, также как и в американском конституционном законодательстве, не содержится указания на то, что высокий суд должен следовать своим решениям. Можно утверждать, что, как и в англо-американском праве, этот императив — сходные правовые вопросы должны разрешаться сходным образом, кроме как в исключительных случаях — имеет характер конституционного обычая. Верным истоком этого обычая можно считать прежнюю редакцию ст. 47.1 ФКЗ о КС РФ о рассмотрении дел, аналогичных разрешенным ранее, в упрощенном (письменном) производстве, с одной стороны, и ныне недействующую ст. 73 об особом порядке разрешения дела в случае необходимости отступления от

правовой позиции Суда, с другой. Его рациональным объяснением — требования правовой определенности, равенства всех перед законом и судом, стабильности правоотношений, вытекающие из Конституции и здравого смысла, с одной стороны, и обтекаемый характер конституционных предписаний, потребность приспособлять их толкование к меняющимся общественным реалиям, с другой.

Побудительные мотивы к повороту в практике Суда могут быть различными, но всегда достаточно вескими. Так, признавая неконституционным запрет для лиц, осужденных к пожизненному лишению свободы, в течение первых 10 лет иметь длительные свидания с родственниками, Суд указал, что «содержащийся в окончательном постановлении Европейского Суда по правам человека вывод о нарушении прав, гарантированных Конвенцией» («Хорошенко против России»), принятом «на основе новых подходов к социализации заключенных и гуманизации отбывания уголовного наказания», делает «возможным вернуться к вопросу о конституционности положений» примененного закона, даже когда ранее КС нашел, что они «не нарушают справедливый баланс между интересами общества в целом и интересами личности» (два определения 2005 г.)<sup>7</sup>. К слову, ответом тем, кто полагает невозможным пересмотр КС РФ своих прежних выводов и положенных в их основу позиций, является новая ред. ст. 43 ФКЗ, допускающая рассмотрение по существу нового обращения по тому же предмету, направленного «в связи с принятием решения межгосударственным органом по защите прав и свобод человека».

Можно предположить, что проблемой *stare decisis* поставленный вопрос о роли аналогии в конституционной юриспруденции вовсе не исчерпывается: она может быть уместной и тогда, когда отсутствует предыдущее решение строго по той же проблеме, связывающее Суд, но когда аналогия выполняет функцию лишь дополнительного аргумента при толковании норм права. Много усилий к разграничению обоснования от прецедента и обоснования по аналогии приложил Ф. Шауэр. «Довод по аналогии — обычно форма убеждения или обоснования, но не принуждения», а источник для сопоставления «в юридической аргументации часто, но не обязательно — разрешённое ранее дело» [Schauer, 2016]. Кстати, практической юриспруденции известна и такая форма аргументации, как гипотетический прецедент или «*ghost precedent*» [Weinreb, 2005: 34–35], т.е. ссылка на некоторый вымышленный казус, который, исходя из здравого смысла, был бы решен лишь одним способом. Интересно, что это также не

<sup>7</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 15.11.2016 № 24-П.

изобретение судей: в аристотелевской парадигме зачастую «приводятся воображаемые аналогии, например прибегают к басням или придуманным аналогичным случаям» [Петров, 2008: 80]. То есть, всякое обращение к прецеденту подспудно требует оценки аналогичности двух дел, но не всякое обращение к аналогии имеет отношение к понятию прецедента в строгом смысле.

Таково, например, обращение КС РФ в редких случаях к практике иностранных конституционных судов по сходным делам, не имеющим для него никакой обязательной силы<sup>8</sup>, или применение некоторого подхода как «ориентирующего» в совершенно иной сфере общественных отношений (раскрытие тайны усыновления и раскрытие врачебной тайны).<sup>9</sup> Полезность этого приема очевидна: в силу упомянутой гибкости и подвижности конституционных норм и стандартов, как точно отмечал Кардозо, всегда существует процент дел, в которых «для любого вывода можно найти правдоподобные и вполне убедительные основания», когда судья делает выбор «в пользу уподобления, логики, пользы и справедливости» и тогда «принимает на себя роль законодателя» [Кардозо, 2017: 83]. Т.е. аналогия может стать одним из допустимых доводов, наряду с иными: хорошие аналогии добавляют мотивировке решения убедительности.

*Основные выводы.* Суждение по аналогии не сводимо к дедуктивной или индуктивной формам умозаключения, хотя обладает чертами того и другого. Соблюдение некоторых правил (установление существенных, релевантных сходств и различий и др.) способно обеспечить правдоподобность вывода по аналогии, но не гарантировать его достоверность. Аналогия в собственном смысле широко применяется в науке и искусстве, а когда сходства между сравниваемыми объектами отдаленные и поверхностные, приобретает характер метафоры. В практической юриспруденции, соответственно, наряду с сопоставлением вышестоящих и подчиненных им правовых норм, обоснование по аналогии также имеет как познавательные, так и прагматические причины. В случае, когда такое обоснование требует предшествующих судебных решений по аналогичным делам и предписывается правовой системой как обязательное, оно именуется прецедентным. В отечественном конституционном правосудии аналогическое и прецедентное обоснование имеет широкое применение, т.к. позволяет очертить пределы усмотрения судей, которое всегда велико там, где в праве имеется неопределенность или конфликт, и добиться последовательности судебной практики.

---

<sup>8</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 № 21-П.

<sup>9</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 09.06.2015 № 1275-О.

---

**Литература**

1. Бернам У. (2006) Правовая система США. Вып. 3. М.: РИО «Новая юстиция».
2. Вольф М.Н. (2013) Основания аргументации в раннегреческой философии: аналогия как тип аргументации // Вестник НГУ. Серия: Философия. Т. 11. Вып. 2.
3. Дьячек Э.М. (2010) Аборт как этическая проблема в зарубежной исследовательской литературе / Теоретическая и прикладная этика: традиции и перспективы: сб. ст. / Под ред. В.Ю. Перова, Д.А. Гусева. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского философского общества.
4. Кардозо Б.Н. (2017) Природа судебной деятельности / Пер. с англ. М.: Статут.
5. Кросс Р. (1985) Прецедент в английском праве. М.: Юридическая литература.
6. Определение Конституционного Суда РФ от 09.06.2015 № 1275-О.
7. Петров В.В. (2008) Место индукции в логике Аристотеля // Вестник РУДН, серия Философия, № 4.
8. Постановление Конституционного Суда РФ от 11.05.2017 № 13-П.
9. Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 № 21-П.
10. Постановление Конституционного Суда РФ от 15.11.2016 № 24-П.
11. Постановление Конституционного Суда РФ от 25.02.2016 № 6-П.
12. Постановление Конституционного Суда РФ от 28.03.2017 № 10-П.
13. Adams v. New Jersey Steamboat Co., CoA. NY, 1896.
14. Bartha, Paul. (2016 ed.) "Analogy and Analogical Reasoning", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta (ed.) // URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/reasoning-analogy>.
15. Cass, R. Sunstein, Political Conflict and Legal Agreement, 17 Tanner Lectures in Human Values 137 (1996).
16. Cass, R. Sunstein. (1992) On Analogical Reasoning Commentary, 106 Harvard Law Review 741.
17. Copland v. the United Kingdom, 2007, par. 41.
18. Douglas, N. Walton. (2014) Argumentation Schemes for Argument from Analogy / Systematic Approaches to Argument by Analogy.
19. Edward Hirsch Levi. (1948) An Introduction to Legal Reasoning // 15 University of Chicago Law Review, 501.
20. Frederick, Schauer. (2009) Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning / Cambridge, MA: Harvard University Press.
21. Frederick, Schauer. (2011) Precedent // URL: <http://ssrn.com/abstract=1836384>.
22. Gentner, D., Jeziorski, M. (1993). The shift from metaphor to analogy in western science. In A. Ortony (Ed.), Metaphor and Thought. Cambridge: Cambridge University Press.

23. Hill. (2013) Reasoning by Analogy in Inductive Logic. PhD thesis, School of Mathematics, University of Manchester.
24. URL:<https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2017/03/21/681996-prisyazhnih-pozhilih-ubiits>.
25. Richard, A. Posner. (1990) The problems of jurisprudence. Harvard.
26. Richard, A. Posner. (2006) Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument // 91 Cornell Law Review.
27. The analogical mind: perspectives from cognitive science; (2001) edited by Dedre Gentner, Keith J. Holyoak, and Boicho N. Kokinov. Cambridge, MA: MIT Press.
28. Weinreb, Lloyd L. (2005) Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument. Cambridge: CambridgeUniversityPress.

Blohin, P.D.

### Justification by Analogy in Constitutional and Legal Disputes

**Abstract.** *In this paragraph, we will focus mainly on the importance of analogical justification in the practice of the constitutional Court of the Russian Federation and the domestic doctrine of constitutional justice; at the same time, since the special role of this method of argument was prepared by history in the countries of Anglo-American law (the idea of legal realism and “judicial law”), much attention is paid to the practice of the U.S. Supreme Court and the American doctrine of judicial law. Accordingly, the main emphasis will be made on the analogy in law (in the justification of court decisions); at the same time, since the analogy in General is a concept from the field of cognitive science (an interdisciplinary scientific direction at the junction of the theory of knowledge, psychology, artificial intelligence), the starting points of the study lie in the plane of epistemology and logic. Further, although in philosophy and in law the analyzed problem is devoted to many scientific works, at least, it is necessary to rely on the works of several key authors of methodological importance: in the first case It is D. Gentner, P. Bart, in the second — B. Cardoso, E. Levy, F. Schauer, L. Winreb.*

**Key words:** *analogy, metaphor, precedent, legal positions, Aristotle, B. Cardoso.*



## Сведения об авторах

**Антонов Михаил Валерьевич** — кандидат юридических наук, доцент, Национальный исследовательский университет Высшая школа экономики.

**Блохин Павел Дмитриевич** — кандидат юридических наук, старший преподаватель, Национальный исследовательский университет Высшая школа экономики, помощник судьи Конституционного Суда РФ.

**Гайдамакин Андрей Андреевич** — кандидат технических наук, доцент, Омская академия МВД РФ.

**Денисенко Владислав Валерьевич** — кандидат юридических наук, доцент, Воронежский государственный университет.

**Касаткин Сергей Николаевич** — кандидат юридических наук, профессор, Самарский юридический институт ФСИН РФ.

**Кислов Алексей Геннадьевич** — кандидат философских наук, доцент, заведующий кафедрой онтологии и теории познания, Уральский Федеральный государственный Университет им. Первого Президента РФ Б.Н. Ельцина.

**Лазаревич Анатолий Аркадьевич** — кандидат философских наук, директор Института философии Национальной Академии наук Республики Беларусь.

**Ларионов Игорь Юрьевич** — кандидат философских наук, доцент, Санкт-Петербургский государственный Университет.

**Лисанюк Елена Николаевна** — доктор философских наук, доцент, Санкт-Петербургский государственный Университет.

**Микиртумов Иван Борисович** — доктор философских наук, доцент, профессор, заведующий кафедрой логики, Санкт-Петербургский государственный Университет.

**Невважай Игорь Дмитриевич** — доктор философских наук, профессор, заведующий кафедрой философии, Саратовская государственная юридическая академия.

**Перов Вадим Юрьевич** — кандидат философских наук, доцент, заведующий кафедрой этики, Санкт-Петербургский государственный Университет.

**Полдников Дмитрий Юрьевич** — доктор юридических наук, доцент, профессор, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики».



**Самохина Екатерина Геннадьевна** — кандидат юридических наук, доцент, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики».

**Сатохина Наталья Ивановна** — кандидат юридических наук, асс. Национальный Университет Юридическая Академия им. Ярослава Мудрого (Харьков, Украина).

**Соболева Анита Карловна** — кандидат юридических наук, доцент, доцент, Национальный исследовательский университет Высшая школа экономики.

**Чуешов Виктор Иванович** — доктор философских наук, профессор, заведующий кафедрой философских наук и идеологической работы, Академия управления при Президенте Республики Беларусь (Минск, Беларусь).

**Чуешов Кирилл Викторович** — научный сотрудник отдела исследований в области гражданского, экологического и социального права Института правовых исследований Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь (Минск, Беларусь).

**Шуман Андрей Николаевич** — кандидат философских наук, заведующий кафедрой философии и когнитивистики, Университет информатики и управления (Жешув, Польша).

# Оглавление

Введение (Е.Н. Лисанюк) .....	3
-------------------------------	---

## **Глава I АРГУМЕНТАЦИЯ МЕЖДУ РАССУЖДЕНИЕМ И ДЕЙСТВИЕМ**

Действие, норма и ценность в практической аргументации (Е.Н. Лисанюк, Санкт-Петербург) .....	9
Обоснование прав человека (С.И. Максимов, Н.И. Сатохина, Украина) .....	37
Аргументология в морали и праве (В.И. Чуешов, К.В. Чуешов, Беларусь) .....	47
Аргументация и нравственный конфликт (В.Ю. Перов, И.Ю. Ларионов, Санкт-Петербург) .....	59
Норма, коммуникация, творчество (И.Д. Невважай, Саратов) .....	89
Феномен аргументации в современном обществе (А.А. Лазаревич, Беларусь) .....	118

## **Глава II АРГУМЕНТАЦИЯ В ПРАВЕ**

Формализм и аргументация в российской судебной практике (М.В. Антонов, Санкт-Петербург) .....	138
Юридическая аргументация (А.К. Соболева, Москва) .....	159
Легитимность и юридическая аргументация (В.В. Денисенко, Воронеж) .....	183
Коллизии в праве и их разрешение (В.В. Денисенко, Воронеж) .....	198
Обоснование по аналогии в конституционно-правовых спорах (П.Д. Блохин, Санкт-Петербург) .....	212

### **Глава III**

#### **ЛОГИКА НОРМ В АРГУМЕНТАЦИИ**

Логическая теория норм (Е.Н. Лисанюк, Санкт-Петербург) .....	225
Семантика норм (А.Г. Кислов, Екатеринбург) .....	255
Логические аспекты обоснования в праве (Е.Н. Лисанюк, С-Петербург) .....	283
Рефлексивные игры в правовой аргументации (А. Шуман, Польша) .....	302

### **Глава IV**

#### **СТАНОВЛЕНИЕ АРГУМЕНТАЦИИ В ПРАВЕ**

Аргументация в «праве ученых» стран Западной Европы Средневековья и раннего Нового времени (Д.Ю. Полдников, Москва) .....	321
У. Хофельд и юридическая аргументация (А.А. Гайдамакин, Омск) .....	343
Язык, логика и аргументация в аналитической философии права (Г.Л.А. Харт) (С.Н. Касаткин, Самара) .....	373
Идея риторического знания в герменевтической философии права (Н.И. Сатохина, Украина) .....	396
Неориторика и аргументативная теория права (Е.Г. Самохина, Санкт-Петербург) .....	412

### **Глава V**

#### **СИТУАЦИОННЫЙ АНАЛИЗ АРГУМЕНТАЦИИ В МОРАЛИ И ПРАВЕ**

Дело Маркина: легитимация правового института и аргументация его решений (И.Б. Микиртумов) .....	431
Моральная ответственность и нормативность: «казус Брейвика» (В.Ю. Перов) .....	459
Формализация споров о законодательных инициативах в виде практической аргументации (Г. Праккен, Нидерланды; Перевод Т.А. Крюковой, Е.Н. Лисанюк, К.Г. Фролова) .....	468
Протагор и Еватл? (Е.Н. Лисанюк) .....	491
Сведения об авторах .....	515

# Аргументация в праве и морали

*Коллективная монография*

*Под редакцией Е.Н. Лисанюк*

Генеральный директор Н.А. Исаев

Подписано в печать с готового оригинал-макета 24.10.2018 г.  
Формат 60х90 1/16, печать офсетная.  
Усл. печ. л. 32,43. Тираж 1000 экз. Заказ № 269.

ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс».  
199155, г. Санкт-Петербург, проспект КИМа, д. 11, к. 44.  
[www.alef-press.org](http://www.alef-press.org)  
тел.: +7(919)200–20–20  
E-mail: [nikolajisaev@yandex.ru](mailto:nikolajisaev@yandex.ru)