

Индукция, аналогия, интуиция в конституционно-судебном познании: попытка логико-правового исследования*

*Блохин Павел Дмитриевич,
главный консультант аппарата судьи Конституционного Суда Российской Федерации,
преподаватель кафедры конституционного и административного права
НИУ «Высшая школа экономики» (г. Санкт-Петербург)
Pavel.Blokhin@ksrf.ru*

В настоящей работе, так же как и в двух опубликованных ранее в настоящем издании, автор обращается к проблеме аналогии в конституционном судопроизводстве. При этом основной акцент делается на соотношении этого метода познания с иными, известными традиционной логике: дедукции и индукции. Одновременно устанавливается его место в российской конституционно-судебной практике в сравнении с англо-американской и континентально-европейской.

Ключевые слова: конституционное правосудие, прецедент, правовые позиции, дедукция, индукция, аналогия, интуиция.

1. В юридической науке получило некоторое распространение представление о том, что принятие судебного решения с точки зрения содержательной (т.е. как познавательный процесс) может быть представлено в виде составления дедуктивных суждений, облеченных в форму силлогизма (лат. — умозаключение). Более точное представление, как кажется, состоит в том, что для судей в странах прецедентного права свойственно мышление индуктивное и аналогическое, а для судей континентальных (особенно французских) — дедуктивное. Для российской правовой системы, не причисляемой традиционно к прецедентному праву, установление аналогичности (в том числе и в конституционном судопроизводстве) какого-либо затруднения на практике не вызывает. В настоящей работе ставится задача подвергнуть критике и уточнить изложенные представления. В частности, делается вывод о том, что взаимное противопоставление дедукции и индукции в судебном познании не имеет достаточных оснований. Кроме того, утверждается, что «индуктивно-аналогическое мышление» английских судей не отрицает значения дедукции, а, скорее, предшествует ей; в свою очередь, подчинение решений французских судей строгой силлогической логике является кажущимся, отраженным лишь на бумаге. Что касается российского конституционного судопроизводства, то для него использование индуктивных и аналогических суждений гораздо более характерно, чем для иных видов судопроизводства; причем понятие аналогичности связано с явлением интуиции и порой сложно объяснимо с позиции формальной логики. Несомненно, данная статья представляет собой лишь попытку исследования многомерной и непростою проблемы и отнюдь не претендует на полноту и беспорочность изложенных в ней выводов.

2. Британский мыслитель XIX в. Джон Стюарт Милль в одном из самых крупных своих трудов — «Система логики силлогической и индуктивной: Изложение принципов доказательства в связи с методами научного исследования» — рассуждал следующим образом: «...всякий вывод (а следовательно, и всякое доказательство, открытие всякой истины, не принадлежащей к истинам самоочевидным) состоит из индукций и из истолкования индукций... всем своим не-интуитивным знаниям мы обязаны исключительно этому источнику»; при этом, пояснял он, «индукцию можно определить как процесс нахождения и доказывания общих предложений». В то же время, настаивал ученый, «для практических задач (например, для адвоката или судьи)... принципы индукции не могут оказаться полезными. Трудность заключается в таких случаях не в получении индукций, а в подборе их: из всех общих предложений, истинность которых установлена, приходится выбирать те, которые дают признаки, позволяющие решить, обладает ли известное подлежащее тем или другим сказуемым или же нет. Разбирая сомнительный вопрос о фактах, напр., перед судом присяжных, адвокат прибегает большею частью к таким общим предложениям и принципам, которые достаточно избиты сами по себе и не могут вызвать против себя никаких возражений; и все его искусство заключается в подведении своего случая под эти предложения или принципы...» Из этого делался вывод: «...правила силлогизма определяют, действительно ли (если предположить эти факты верными) данный случай подходит под формулы тех индукций, под какие мы его последовательно подводим»¹. Таким образом, на основе общих правил логики философом замечательно точно описывалась интеллектуаль-

* Исследование поддержано РГНФ, проект № 15-23-01002.

¹ Милль Дж. Ст. Система логики силлогической и индуктивной: Изложение принципов доказательства в связи с методами научного исследования / пер. с англ. под ред. В.Н. Ивановского. Второе издание. Издание Г.А. Лемана. М., 1914. С. 256–258.

ная составляющая процесса принятия судебного решения.

Характерно, что с приведенными рассуждениями значительно совпадают рассуждения ученых, принадлежащих, во-первых, к континентально-европейской, нежели к англосаксонской культуре (в частности, правовой), во-вторых, к более позднему историческому периоду, и в-третьих, к иной отрасли научного знания. Так, аналогичную мысль демонстрирует (на примере судебного спора о действительности завещания) австрийский и польский цивилист и теоретик права второй половины XIX столетия Франц Бьдлински: «...регулирующая правовая норма посредством содержащихся в ней фактических признаков... образует основную посылку. Подлежащий квалификации конкретный фактический состав в том виде, в каком он был установлен (при необходимости в судебном порядке), образует вторую посылку. При этом обычно именно по вопросам фактического состава разгорается спор между тяжущимися сторонами, выражающими противоположные оценки фактов и доказательств... Наиболее целесообразным описанием фактического состава является то, которое обозначает только юридически значимые элементы. В том случае, если содержащееся в правовой норме абстрактное понятие и использованное в описании фактического состава конкретное понятие соотносятся таким образом, что последнее оказывается видовым понятием первого, то можно, выполнив дедукцию, вывести правовые последствия для данного конкретного случая... в качестве искомого логического заключения»².

Таким образом, кажется, что с достаточным основанием можно считать общим местом идею о том, что разрешение правового спора, в упрощенном виде, может быть представлено в виде решения силлогизма, и подчиняется оно дедуктивной форме суждения. Сказанное, действительно, хорошо применимо к разбирательству спора судом (и тем более органом административного управления), в конечные цели деятельности которого, в отличие от законодателя, входит не «приращение знания» (формулирование новой общей нормы), а решение конкретных прикладных задач (правовая квалификация)³. К сформулированному тезису справедливо добавить две гипотезы. Во-первых, сказанное более очевидно в отношении континентального суда, в особенности выросшего на почве французской правовой традиции (Франция, Бельгия), нежели для англосаксонского (Великобритания, США). Во-вторых, это также более очевидно в случаях, когда правосозидательная и даже интерпретационная функции суда полностью подчинены функ-

ции правоприменительной, а следовательно, это не касается органов конституционного контроля, судебная природа которых сочетается с правотворческой⁴. В остальных же случаях рассматриваемое наблюдение кажется более справедливым, хотя всякий раз, когда суд напрямую применяет основной закон государства, отказывает в применении законоположения, противоречащего международному договору, устраняет пробел в праве посредством аналогии, обращения к общим принципам права, оно также может быть поставлено под сомнение.

Действительно, принято считать, что судебное правоприменение в странах континентальной Европы отличается меньшим эмпиризмом, казуистичностью, а также большей приверженностью строгой дедуктивной логике. Наиболее заметно это на примере французских судов, в том числе Кассационного суда и Конституционного совета. К. Цвайгерт и Х. Кетц так описывали характерные черты обычного решения Кассационного суда Франции: структурно состоит оно обычно лишь из одного сложноподчиненного предложения и не превышает 4–5 страниц; обстоятельства дела и доводы сторон излагаются чрезмерно скупо; отсутствуют ссылки на другие решения (в том числе самого Кассационного суда), на сравнительно-правовые материалы, научную доктрину, политические, экономические и социальные аргументы; формулировки зачастую лаконичны, туманны и бессодержательны и не отражают действительных мотивов решения⁵. Предположим здесь, что юридическая техника судебных решений частично отражает предназначение суда в обществе и отведенное ему место в государственно-правовом механизме. В силу известных исторических причин, которые не описываются здесь⁶, французской политико-правовой традиции свойственны были на протяжении многих десятилетий опасение установления «парламентского суверенитета», подкрепляемые ссылками на Ш.-Л. Монтескье. Судьи не призваны были творчески толковать закон, прибегая к иным способам интерпретации, нежели телеологический (целевой), самостоятельно создавать новые нормы посредством восполнения пробелов, применения аналогии права; приветствовались анонимность процесса принятия решений и их обезличенный, «казенный» стиль, всеобъемлющий судебный конституционный контроль законодательства не признавался. Более прозаические причины, которые выделяют авторы, состоят в большой загруженности Высокого суда делами, в несклонности (в отличие от пресловутого немецкого доктринерства) французских судей к теоре-

² Бьдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе (пер. с нем.) // Вестник гражданского права. 2006. № 1, 2; 2007. № 1.

³ Такую мысль мы находим и в фундаментальной работе Л. Уэйнреба — см.: Weinreb L.L. Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument. Cambridge University Press, 2005. С. 77–78.

⁴ По вопросу о правовой природе органов конституционной юрисдикции состоялась обстоятельная дискуссия: ср.: Ливеровский А.А., Петров М.В. Органы конституционного нормоконтроля как «квазисуды» // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3 и Бондарь Н.С. Конституционный Суд России: не «квазисуд», а больше, чем суд // Там же.

⁵ Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Основы : в 2 т. : пер. с нем. Т. 1 / Кетц Х., Цвайгерт К. М. : Междунар. отношения, 2000. С. 183–203.

⁶ Они исследованы не только историками, но и юристами: см., напр.: Книпер Р. Толкование, аналогия и развитие права: проблемы разграничения судебной и законодательной власти // Государство и право. 2003. № 8. С. 5–6.

тизированию⁷. В этих условиях, как метко заметил бельгийский исследователь, французский подход к судебным актам призван создавать иллюзию «механического извлечения решений из всепредвидящих юридических текстов»⁸. Из этого также родилось ставшее затем расхожим известное утверждение Р. Давида о том, что французский судья сначала принимает справедливое решение, а затем подводит под него нужную нормативно-правовую базу⁹. Сказанное в меньшей степени касается высшего суда административной юрисдикции (Государственного совета), который своими решениями активно развивал административное право; другие суды, впрочем, также в исключительных случаях и ранее, и теперь находят способы преодолеть устаревшее, явно несправедливое законодательное правило, широко применяя судебное толкование, выступая с приоритетными вопросами о конституционности и т.д.

Анализ современной судебной практики и обращение к современной сравнительно-правовой литературе позволяют предположить, что эти аргументационные особенности не только отчасти сохранились во французском праве и сегодня, но и были взяты на вооружение Конституционным советом, несмотря на то что природа и предназначение его отличны от иных судов. Исследователи довольно единодушно подтверждают, что логически решение Конституционного совета будто бы выглядит как силлогизм, где «анализируемое конституционное положение предполагается в качестве большой посылки, норма оспариваемого закона составляет малую посылку, а решение по существу вопроса должно выглядеть как логическое заключение»¹⁰; в этом состоит так называемый юридический формализм, т.е. представление о том, что «любой вопрос права может быть разрешен посредством дедукции, т.е. без обращения к политике...»¹¹. Действительно, многие решения Совета (в том числе и по так называемым приоритетным вопросам о конституционности) почти столь же кратки и лаконичны, как и половину столетия назад, причем большую часть занимают технические (вводные) сведения о деле, затем описание доводов заявителя и, наконец, релевантных конституционных и законодательных положений, отчего собственно аргументации Совета может быть уделено ничтожно малое пространство.

В качестве довольно показательного примера из числа многих достаточно привести решение Совета по такой деликатной проблеме, как ограничительное

регулирование брачно-семейных отношений между лицами одного пола¹², где тот в одном предложении (п. 8 мотивировочной части) смог установить, что: право вести нормальную семейную жизнь вытекает из положений Преамбулы Конституции 1946 г. о необходимости создания условий для развития личности и семьи (большая посылка); остариваемые положения Гражданского кодекса не препятствуют свободе однополых пар сожительствовать на законных условиях, а равно пользоваться возможностями, предусмотренными Пактом о гражданской солидарности (*PACS*) (малая посылка); право вести нормальную семейную жизнь не подразумевает права заключать брак лицами одного пола; следовательно, оспариваемые законоположения не нарушают право вести нормальную семейную жизнь (вывод). Из подобных примеров «юридического силлогизма» авторы заключают: «...легко заметить, что никакого вывода не следует... в строгих терминах логики довод является *non sequitur* [лат. — не следующим из посылок]»¹³; другие авторы, называя стиль аргументации Совета «гиперформализмом», поясняют это: во-первых, выбор применимой большой посылки (*norm of reference* — критериев, масштаба, на соответствие которому проверяется норма) никак не обосновывается им, во-вторых, заметны непрозрачность и автоматизм относительно выводов, которые должны быть дедуцированы путем сопоставления большой и малой посылок (т.е. проверяемой нормы)¹⁴.

В итоге строгий дедуктивный характер решения-силлогизма Конституционного совета Франции является именно кажущимся, при том, что и место аналогического мышления практически не отражено в тексте акта. Вряд ли между тем можно принять обоснованное судебное решение, вообще не руководствуясь никакими приемами традиционной логики. Уместно здесь будет вспомнить изречение судьи Верховного Суда США О.У. Холмса о том, что в действительности «общие положения не дают решения конкретных дел. Решение будет зависеть от суждений или интуиции более тонких, нежели любая ясно выраженная большая посылка»¹⁵. Вопрос, следовательно, состоит в том, демонстрирует ли суд открыто в своем решении ход рассуждений, которые заставляют его отдать приоритет одному доводу (варианту толкования, прецеденту и т.д.) перед другими в пределах его усмотрения, или же предпочитает «маскировать свою творческую роль в выработке права и создавать

⁷ Карпович Е.В., Цыганков Н.С. Аргументационная техника французского Кассационного суда: история и современность // Труды молодых исследователей по сравнительному праву. 2013. № 1–2 (16–17). С. 3–6.

⁸ Nelissen B. Judicial Loyalty Through Dissent or Why the Timing is Perfect for Belgium to Embrace Separate Opinions // Electronic Journal of Comparative Law. 2011. 15 (1). P. 2.

⁹ Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. 496 с. Вряд ли, впрочем, это касается только французских судей, а не судей вообще.

¹⁰ Dyeve A. France: Patterns of Argumentation in Constitutional Council Opinions. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2026396. P. 16–17.

¹¹ Baranger D. Constitutional Justice and Constitutional Politics in France — Policy Arguments in the Case Law of the Constitutional Council // Jus Politicum. 2012. No. 7. P. 3.

¹² Решение № 2010-92 QPC от 28 января 2011 г. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>. Русский перевод и реферат: сб. статей: «Конституционный совет Франции на современном этапе. Пять лет институту «приоритетного вопроса о конституционности»: сб. статей / под ред. С.Д. Князева и А.В. Антонова. М.: Юрист, 2015. С. 246–247.

¹³ Dyeve A. Ibid. P. 17.

¹⁴ Baranger D. Ibid. P. 5.

¹⁵ Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

впечатление, что его роль сводится лишь к применению норм, созданных кем-то другим»¹⁶.

Что же касается решений немецких судов, формально принадлежащих к той же самой романо-германской правовой семье, то, как замечено еще десятилетия назад, они отличаются большей подробностью и прозрачностью мотивов, свобода судьи проявляется в возможности творческого толкования закона и, в частности, преодоления несправедливых норм посредством обращения к более абстрактным правовым принципам, встречаются ценностные суждения, а при осуществлении контроля за соблюдением основных прав человека суд пользуется особенно большой свободой¹⁷. Это подтверждают современные российские исследователи, которые на основе анализа практики и со ссылкой на Р. Алекси демонстрируют, что помимо основных аргументов, минимально необходимых для вынесения решения, германские судьи также могут использовать и иные (телеологические и даже исторические, сравнительные и институциональные), не вполне укладывающиеся в традиционную дедуктивную логическую структуру¹⁸. Тем более это характерно для Федерального конституционного суда ФРГ, многие решения которого насыщены ссылками на доктринальные труды, специально-научные сведения, порой и расчеты, философско-правовыми категориями (вроде кантовского определения человеческого достоинства), а также широко и творчески используют прежние решения по аналогичным вопросам (в качестве одного из свежих примеров можно привести многостраничное постановление по делу о Европейском стабилизационном механизме, где Суд в числе многих прочих доводов использовал несложные математические расчеты, описывающие механизм принятия решений об изменении размера бюджетных обязательств государств, сослался на решение Конституционного суда Австрии в качестве свидетельства различных истолкований положений Договора о ЕСМ о максимальном размере таких платежных обязательств и т.п.¹⁹).

3. Фрэнсис Бэкон, английский философ второй половины XVI — начала XVII в. и основоположник эмпиризма, известный своей критикой аристотелевской логики и последовательной апологией индуктивного метода познания, писал: «...силлогизмы состоят из предложений, предложения из слов, а слова суть знаки понятий. Поэтому, если сами понятия, составляя основу всего, спутаны и необдуманно отвлечены от вещей, то нет ничего прочного в том, что построено на них. Поэтому единственная надежда — в истинной индукции». Далее, продолжал он в своем трактате «Новый Органон», «никоим образом не может

быть, чтобы аксиомы, установленные рассуждением, были пригодны для открытия новых дел, ибо тонкость Природы во много раз превосходит тонкость рассуждений»²⁰. Можно предположить, что, применив, с необходимыми изменениями, эти рассуждения к сфере судебной деятельности, мы получим описание процесса судебного познания, в известной степени противоположное тому, которое дано ранее.

Действительно, как пишет известный российский ученый-цивилист К.И. Скловский, «применение строгого силлогизма — выражение безусловного подчинения той ценности, той аксиоме (при том, что суть самой аксиомы не обсуждается), от которой начинает разворачиваться логическое доказательство. ...Иначе говоря, логика — это уважение права, но не само право». И далее, применительно к англосаксонской правовой системе: «...именно на базе «эмпирического» права, заставляющего открыто обсуждать свою разумность, стал более заметным важнейший процесс утраты правом строгой логичности»²¹.

Русскоязычные авторы довольно единодушно приходят к тому, что именно индукция и аналогия есть два формально-логических метода, повсеместно применяемых английскими судьями, включая Верховный Суд Соединенного Королевства²². Автор же всеобще признанной работы «Прецедент в английском праве» Руперт Кросс, замечая, что «вопрос, лежит ли в основе судебной аргументации правового характера дедуктивный или индуктивный метод, не имеет общего ответа», делает следующее предположение: «...рассуждение бывает дедуктивным, когда дело касается применения закона, поскольку из общего выводится частное, и индуктивным — когда дело касается прецедентного права, поскольку из частного выводится общее», но далее оговаривается: «...аргументация, которую обычно называют дедуктивной, играет ту же самую роль при применении прецедентного права, какую она играет и в отношении применения закона»; одновременно, говоря об применении правила аналогии, он сформулировал три его стадии: «...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»²³.

Уильям Бернам в своем фундаментальном труде «Правовая система США» исходит из того, что «в прецедентном праве используются два метода правового обоснования новых нормативных правил: дедуктивное обоснование и обоснование по аналогии»; из дальнейшего же повествования ста-

¹⁶ Давид Р. Указ. соч.

¹⁷ Там же.

¹⁸ Воробьев А.Г. Модель аргументации решений судов Федеративной Республики Германия. URL: www.hsc.ru/data/2012/10/21/1246188598/2003.%20Доклад.%20Модель%20аргументации%20решений%20судов%20ФРГ.doc

¹⁹ См.: BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 18.03.2014.

²⁰ Бэкон Ф. Новый Органон. Л.: Соцэкгиз. Ленинградское отд-ние, 1935. С. 110—111.

²¹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010 (доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

²² См.: Евсеев А.П. Верховный суд Соединенного Королевства: становление. Харьков: Юрайт, 2014, а также: Индукция и аналогия в мышлении юристов англо-американской традиции (предварительные размышления). URL: <http://blog.pravo.ru/blog/theory/1603.html>

²³ Кросс Р. Прецедент в английском праве. М.: Юридическая литература, 1985. С. 180—181.

новится ясно, что речь идет не о формулировании нормы, а, скорее, лишь о применении к конкретному делу нормы, уже имеющейся, — как статутного, так и прецедентного происхождения (полученной ранее в результате «резольютивного обобщения», т.е. в меру широкой генерализации выводов за пределы одного конкретного дела или в результате «синтеза», т.е. формулирования единого вывода на основе нескольких относительно подобных дел). Далее автор также делает важную оговорку: «...на самом деле дедуктивное обоснование решений на основе формулировок резольютивных обобщений или норм прежних дел пригодно *только* для решения ясных или «простых» дел. Аргументация в более сложных делах может начинаться с дедуктивного обоснования, но затем возникают противоречия относительно того, какая именно синтезированная норма применима к рассматриваемому судом делу и есть ли такая «норма» вообще»²⁴.

Из изложенного, как кажется, можно предположить, что индуктивный тип мышления востребован на этапе формулирования судьей общего правила (прецедентной нормы) — применение же этого правила в конкретной ситуации требует приложения более общей нормы к более конкретным обстоятельствам. Особенность состоит в том, что в обоих процессах ведущую роль играет аналогическое мышление (начальная стадия которого к тому же предполагает интуитивное, предварительное сопоставление двух дел).

Американские исследователи приводят бесчисленные примеры судебных дел, в центре которых, по их мнению, стоял именно вопрос об аналогичности (в частности, знаменитое постановление по делу «Катц против США», где Верховный суд, вслед за особым мнением Луиса Брандейса, отверг более раннее свое решение по делу «Олмстед против США» и счел, что прослушивание телефонных переговоров есть мера, аналогичная обыску и конфискации, по смыслу Четвертой поправки, поскольку решающим сходством является вмешательство в личное пространство, а наличие или отсутствие физически осязаемого воздействия, напротив, несущественно)²⁵. Ричард Познер (кстати, научный последователь О.У. Холмса), отрицающий иное, кроме чисто риторического, значение аналогии для судьи (и выступающий за использование экономического анализа права), впрочем, последовательно критикует это убеждение. Он указывает, что в действительности «анalogии — это не аргументы», «значение имеют лежащие в их основании правила, принципы, доктрины, политики», которые «ставят в один ряд рассматриваемое дело с одной или другой серией прецедентов»²⁶.

Чрезвычайно красочным (хотя, возможно, не самым ординарным) примером такой логики могут служить постановления (*majority opinion*), подготовленные Р. Познером в качестве судьи Апелляцион-

ного суда Соединенных Штатов седьмого судебного округа. Одно из таких мнений по проблеме авторских и смежных прав — дело «*Ty Inc.* против Рут Перримэн» о нарушении товарного знака гражданкой США, которая продавала подержанные игрушки *Beanie babies* компании *Ty Inc.* через Интернет²⁷. В решении суда полностью отсутствуют какие-либо отсылки как к нормам законодательства, которые прямо могли бы играть роль большой посылки, так и к прецедентам, которые могли бы стать моделью для аналогии; основную часть мотивировки составляют доводы чисто экономического (какое поведение участника вторичного рынка является экономически рациональным), психологического (как потребитель воспринимает два синонимичных торговых наименования) характера, не имеющие ничего общего с юриспруденцией; анализ рассматриваемого дела почти полностью основан на сопоставлении с аналогичными гипотетическими, смоделированными делами (использование так называемого призрачного прецедента)²⁸; при этом используются не только буквальные аналогии, но и фигуральные (чем отличается продажа дилером подержанной машины фирмы «Тойота» под соответствующим наименованием от использования стрип-клубом ювелирного бренда «Тиффани» и чем такое наименование, как «Кодак», отличается от наименования вроде «брассерия» и т.п.). В данном случае, таким образом, и о дедуктивном, и об аналогическом мышлении в традиционном понимании трудно вести речь; для автора решения не очень важно, под какую общую норму можно наилучшим образом подвести вывод (с чем сопоставить дело), — важно, чтобы этот вывод был разумным и справедливым. Хорошо известная соответствующая оценка выдающегося российско-го ученого С.С. Алексеева: «...в англосаксонском общем праве подобные нормы в виде прецедентов вырастают непосредственно из судебных решений, причем судьи ориентируются не только на существующий прецедент (тем более что он в данном случае может и отсутствовать), но и непосредственно на неправовые критерии — разумность, справедливость и др.»²⁹

Обращение к социальным, культурным, экономическим доводам, следовательно, также вряд ли можно рассматривать как некий недопустимый «судебный активизм», а скорее, как имманентно присущую (конституционному) правосудию особенность, поскольку оно не может в ряде случаев обойтись формальной дедуктивной логикой. «Юридический силлогизм состоит в упрощенном понимании задач правосудия... При таком подходе используется фикция о том, что в силу самодостаточности права в источниках права можно найти ответы на любые юридические вопросы... Правосудие для принятия справедливых решений нуждается в обширной неправовой информации

²⁴ Бернам У. Правовая система США. 3-й вып. М.: РИО «Новая юстиция», 2006. С. 144–154.

²⁵ Weinreb L.L. Ibid. С. 56–60.

²⁶ Posner R.A. Reasoning by Analogy (reviewing Lloyd L. Weinreb. Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument (2005)) // 91 Cornell Law Review 761 (2006). С. 763, 765, 768.

²⁷ Ty Inc. v. Ruth Perryman. 306 F.3d 509 (7th Cir., October 4, 2002).

²⁸ См.: Бернам У. Указ. соч. 146–148.

²⁹ Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 48.

в виде социологических, экономических и иных данных»³⁰. Впрочем, эта проблема (противопоставление *adjudicative facts* и *legislative facts*, т.е. правовых аргументов и политических), особую актуальность получившая еще в начале прошлого столетия благодаря Л. Брандейсу, заслуживает самостоятельного полномасштабного исследования.

4. Теперь, очевидно, можно прямо поставить вопрос: действительно ли индуктивный и дедуктивный методы судебного познания должны быть друг другу противопоставлены, как это часто принято делать в юридических исследованиях? Дж. Ст. Милль, насколько можно понять из поверхностного и фрагментарного рассмотрения его труда, такого противопоставления не проводил; более того, полагая индукцию первой из трех составных частей дедуктивного метода познания — наряду с собственно дедукцией и проверкой, — он писал: «...законы причин, от которых зависит следствие, можно находить либо посредством индукции от сравнительно простых случаев, либо, в худшем случае, при помощи дедукции из полученных таким путем законов более простых причин»³¹. Рене Декарт и вслед за ним Готфрид Лейбниц в цитируемых здесь работах также не отвергали значения ни дедукции, ни индукции («эnumerации»). И даже упомянутый Ф. Бэкон делал оговорку о том, что «аксиомы, отвлеченные должным образом из частных, в свою очередь, легко указывают и определяют новые частности и таким путем делают новые науки действительными»³². Российский дореволюционный историк философии Э.Л. Радлов резюмировал, что «нельзя отрицать различия между д[едукцией] и индукцией, но противопоставление их не имеет никакого основания. Человеческое мышление одно; как бы ни были разнообразны предметы, направление и цель мышления, одни и те же законы управляют мыслью»³³. Интересно в таком случае, насколько это наблюдение справедливо применить к логике принятия судебных решений Конституционным Судом.

По-видимому, есть основание присоединиться к мнению судьи Г.А. Гаджиева, который, ссылаясь на труды С.И. Максимова и А. Кауфмана, заключает: «...судья разрешает дело не путем исключительно дедукции, выводя из общих норм позитивного права решение по частному случаю. В равной мере отдельное правовое решение может быть основано на индукции, проистекать из природы вещей, вовлеченных в конкретную ситуацию... Идея права выступает логически первичным элементом, действительным основанием права, однако онтологически первичным... выступает право в конкретной ситуации»³⁴. К этому мнению примыкают и некоторые другие авторы, справедливо утверждая, что «происходит, таким образом, сначала индукция

(выведение общих принципов права, толкование закона), а затем — правоприменимая дедукция, где роль большой посылки в силлогизме играет выявленное судом объективное право, а малой — информация о юридическом факте»³⁵.

В таком случае, если оба метода познания присутствуют в известном сочетании друг с другом, то можно ли утверждать, что один из них преобладает в том или ином случае? Кажется не нуждающимся в подробном пояснении, что если закон стремится предусмотреть все и вся, а за судом закреплена роль шаблонного приложения общих правил к более конкретным жизненным ситуациям (правовая квалификация), то дедуктивная составляющая проявляет себя в полную силу, тогда как пространство для индуктивных и аналогических суждений сведено к минимуму. В свою очередь, если мы ведем речь о конституционном нормоконтроле, предполагающем оперирование такими категориями, как «обоснованность», «необходимость», «справедливость» законодательного правила, сопоставление его с еще более абстрактными и зачастую коллидирующими («бинарными») конституционными принципами, механичности и автоматизма в выводе не может быть. Подтверждение этой гипотезы можно найти в работе Г. Гаджиева: «...двойственность права проявляет, обнаруживает себя при разрешении сложных юридических дел, когда необходимо решить аксиологическую задачу. Она не может быть решена только на основании формальной логики. Процесс судебного познания при разрешении таких сложных юридических дел в большей степени похож на эмпирическое научное познание». Далее ученый поясняет, о чем идет речь: «...чаще всего это юридические споры, в которых стороны опираются на равновеликие правовые ценности, а теория юридического силлогизма практически неприменима. Это, как правило, сложные конституционно-правовые споры...»³⁶

Итак, в установлении действительного содержания тех или иных конституционных ценностей и принципов Конституционный Суд РФ ориентируется на свои правовые позиции (близкие понятия: *ratio decidendi* в английском прецедентном праве или *tragende Gründe, wesentliche Entscheidungsgründe* в немецком), применяя их в новом деле или, напротив, отказывая в их применении. Конституционный Суд, по сути, формулирует правило поведения общего характера, в отличие от иных судов, которые такое правило применяют, отчего деятельность Конституционного Суда заметно подчиняется правилам индукции и аналогии, тогда как деятельность других правоприменителей — дедукции. В этом смысле Конституционный Суд, хотя и не занимается, по смыслу ст. 3 ФКЗ о КС РФ, форми-

³⁰ Гаджиев Г.А. Социологизация, морализация и экономизация конституционного правосудия в XXI веке // Материалы Международной конференции, посвященной 15-летию Конституционного Суда Азербайджанской Республики на тему «Конституционное правосудие в XXI веке: особенности и пути развития». Баку, 12 июля 2013 г. Баку, 2013. С. 230—236.

³¹ Милль Дж. Ст. Указ. соч. С. 420.

³² Бэкон Ф. Указ. соч. С. 112.

³³ Радлов Э. Дедукция / Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона, Т. 10. 1989. С. 276—277.

³⁴ Гаджиев Г.А. Онтология права: Критическое исследование юридического концепта действительности. М.: НОРМА, 2013. С. 132—133.

³⁵ Ельчибаев Б.З. О целесообразности и значении обобщения судебной практики административными и иными судами Республики Казахстан // Административное право и процесс. 2009. № 4. С. 23—26.

³⁶ Гаджиев Г.А. Указ. соч. С. 187, 204.

рованием государственной политики, находится к законодателю в чем-то ближе, чем к обычному суду, разрешающему гражданский или уголовный спор. Если в первом случае задача состоит в нахождении справедливого общего правила поведения, то во втором — в установлении доказанности или недоказанности нарушения прав конкретного лица (правомерности его притязаний и т.п.). Промежуточное положение между этим занимает, видимо, Европейский Суд по правам человека, задача которого, с одной стороны, как известно, состоит в установлении нарушения прав в конкретном деле с учетом фактических обстоятельств этого дела и который, с другой стороны, на основе толкования Конвенции формулирует правоположения общего характера, применимые при разрешении аналогичных дел в будущем: не ясно в связи с этим категорическое неприятие некоторыми авторами использования понятия «правовая позиция» к такого рода общим правоположениям, формулируемым ЕСПЧ³⁷.

Во всяком случае, идея о том, что Конституционный суд может механически извлечь верное решение из предельно аморфных и порой противостоящих друг другу конституционных принципов, кажется утопичной. Можно возразить, однако, что для этого достаточно прибегнуть к толкованию, в особенности телеологическому (целевому). Практика, тем не менее, не подтверждает, что изначальные намерения (конституционного) законодателя являются для КС РФ решающим доводом. И это подтверждается отнюдь не только тем, что российский Суд, в отличие, особенно, от французского и бельгийского, очень редко ссылается на материалы законотворческого процесса (*travaux préparatoires*), но и тем, что во многих случаях Суд вынужден в условиях новых реалий общественных отношений, меняющегося исторического контекста, развития науки и техники понимать конституционную норму не так, как это имелось в виду учредительной властью³⁸. В этих случаях проявляется и правоуправляющая функция конституционного контроля, а «юридический формализм» дополняется обращением к социокультурным факторам, экономическим анализом права и иными важными, хотя и вспомогательными инструментариями.

5. Следующий вопрос, очевидно, состоит в механизме индукции и в достоверности получаемых ею общих положений применительно к конституционно-судебному познанию. Математик Джордж Поля (Дьёрдь Пойа) описывает процесс индуктивного умозаключения так: первоначально замечается некоторое сходство между двумя примерами; на основании этого сходства делается обобщение, которое «не является доказанным, никак не может претендовать на истинность, оно

является только попыткой подойти к истине»; далее необходимо поэтому это суждение испытать: «...предположительное общее утверждение становится правдоподобным, если оно подтверждается для нового частного случая»³⁹. Еще ранее Карл Поппер, рассуждая о соотношении понятий истинности и правдоподобности и называя последнюю «более ясной и реалистичной целью», приводя ряд примеров опровержения опытным путем известных со времени Аристотеля образцов индуктивного высказывания, вслед за Д. Юмом пришел к выводу о том, что через опыт, даже многократно повторенный, можно судить лишь о ложности некоторого общего высказывания, но никогда о его истинности⁴⁰.

Дополним сказанное тем, что в юриспруденции индукцию, в самом упрощенном виде, понимают как формулирование более общего положения исходя из более частного⁴¹, не делая различия в числе этих положений и их взаимосвязи, что приближает ее к понятию «абдукции», т.е., по выражению Чарльза Пирса, «предпочтению в пользу какой-то одной гипотезы перед другими, равно объясняющими рассматриваемые факты, если это предпочтение не базируется ни на каком-то предшествующем знании, имеющем отношение к истинности этих других гипотез, ни на какой бы то ни было проверке любых из них, уже предпринятой и приведшей к их принятию...»⁴²

Не нами замечено, что суд, формулируя такое общее правило (норму) для разрешения множества аналогичных споров, может сделать это более или менее широко и абстрактно, охватив тем самым большее или меньшее число потенциальных юридических конфликтов. Так, У. Бернам замечательно точно подмечал проблему: «...опасность широких формулировок резолютивных обобщений [*holding, ratio*] кроется в том, что они могут оказаться излишне широкими»; напротив, «*Dictum* [попутно сказанное] свидетельствует о том, что суд задумывался над тем, как следует решать другие подобные дела, и обязательно при возможности сделает это»⁴³. Этой проблеме посвящена и значительная часть труда Р. Кросса — он, в частности, приводя в пример известное дело *Warwick* 1886 г., задается вопросом: «...что в этом деле составляет прецедент — общее положение о том, что хозяин отвечает за обман, допущенный его служащим в процессе работы, или более узкое положение об ответственности только за тот обман, который приносит хозяину выгоду?» Недопустимость как излишне узких, так и чрезмерно широких правовых предписаний может быть особенно ясно продемонстрирована через определение принципа формального равенства, который, как верно заметил Н.С. Бондарь, не только предполагает «запрет различного обращения с лицами, находящимися в одинаковых или сходных

³⁷ Чернышев И.А. Европейский Суд по правам человека в практике российского конституционного правосудия // Вестник Томского государственного университета. 2010. № 330. С. 112–114.

³⁸ Оба эти довода называют и американские ученые — см.: Weinreb L.L. Ibid. С. 157–158.

³⁹ Пойа Д. Математика и правдоподобные рассуждения: пер. с англ. 2-е изд., испр. М.: Глав. ред. физ-мат. лит., 1975. С. 26–30.

⁴⁰ Поппер К.Р. Объективное знание. Эволюционный подход / пер. с англ. Д.Г. Лахути. М.: Эдиториал УРСС, 2002. С. 17–23.

⁴¹ См., напр.: Журавель Е.Г. Психические познавательные процессы личности, их роль и проявление в деятельности юриста // Юридическая психология. 2010. № 2. С. 7–17.

⁴² Пирс Ч.С. Начала прагматизма. СПб., 2000. С. 303.

⁴³ Бернам У. Указ. соч. С. 146–147.

ситуациях», но равно и не допускает «формально равное отношение законодателя к субъектам, находящимся в принципиально разных — с точки зрения юридически значимых показателей — ситуациях»⁴⁴.

Несовершенство излишне широких и излишне узких формулировок может, в свою очередь, быть объяснено несовершенством индуктивного метода, его чрезмерной зависимостью от опыта. В силу многообразия жизненных ситуаций и невозможности предвидеть их все такая индукция в праве всегда будет неполной («как бы исчерпывающе формулировка правила ни определяла случаи его применения, она не может охватить *все* факты конкретного дела, не потеряв при этом качества правила», потому что «рационализация права — это продолжающийся процесс, который никогда не достигнет определенности и стабильности дедуктивной системы»⁴⁵). Если же предположить, что правовые позиции выводятся из «всепредвидящей» Конституции строго дедуктивным путем, то тогда за ними следовало бы, напротив, признать конечность, достоверность и неизменность — между тем, как заметил Г.А. Гаджиев, «если правовая позиция Конституционного Суда, основанная на преобразовательной интерпретации конституционной нормы, представляет собой в большей степени акт познания, то, как и всякий акт познания, она может быть либо истинной, либо ложной»⁴⁶.

Итак, на примере одного дела («резолютивное обобщение», у некоторых авторов — абдукция) или на основе анализа определенного круга схожих дел («синтезирование», собственно индукция), в том числе и «гипотетических» — только будущим иметь место с большой долей вероятности («призрачный прецедент»)⁴⁷, КС РФ формулирует, соответственно, менее или более выверенные практикой общие правовые положения — правовые позиции, т.е. выводы «относительно конституционно-правовых принципов, правовых идей и иных фундаментальных правовых конструкций, которыми руководствовался Конституционный Суд, принимая решение по конкретному делу, и которыми надлежит руководствоваться в дальнейшем...»⁴⁸ В последующем же, разрешая сходные дела, Суд в большой степени использует свои прежние прецеденты, т.е. мыслит, скорее, аналогически — если ранее он сформулировал правило довольно узко и в тесной привязке к определенному делу, и дедуктивно — если достаточно широко и безотносительно специфики конкретного спора. Причем, как в первом случае зачастую очевидно, что аналогическое суждение сделано через обращение к более общему принципу, которое только и делает два явления аналогичными, «если не выражено, то имплицитно, если

не намеренно, то бессознательно» (своего рода скрытая дедукция), так во втором случае, напротив, выведение следствия из посылок требует подчас «выяснения действительной сферы действия» этого принципа путем обращения к первому делу (т.е. посредством аналогии)⁴⁹. Согласно обозначенной критической позиции Р. Познера, отнюдь не причисляющего себя к «формалистам», новые дела *всегда* разрешаются судьей не по аналогии с прежними, а либо исходя из более общей нормы (*governing rule, controlling precedent*), если ее формулировка совершенно ясна, либо исходя из общего принципа, логики законодателя (*policy*), которые положены в основу более раннего решения и являются общими для нового дела⁵⁰.

Если все последующие аналогичные частные случаи только подкрепляют сделанное ранее общее суждение, это суждение приобретает все большую степень достоверности (происходит ее подтверждение — *confirmation*). Поэтому и правовая позиция, многократно «апробированная» долголетней и последовательной практикой, выглядит особенно убедительной. Когда же новое дело демонстрирует чрезмерную широту ранее сформулированной правовой позиции, происходит уточнение, ограничение ее сферы действия (можно сказать, сужение действительного *ratio* решения), а если чрезмерную узость, то наоборот — расширение (по сути, выявление в нем того, что являлось лишь *dictum*). Следовательно, и практика судов по учету правовых позиций КС РФ должна находиться в некой зависимости от того, насколько широко они сформулированы. Узкая и конкретная формулировка нормы, конечно, оставляет у судов меньше сомнений в применимости ее к строго ограниченному набору случаев, однако более широкая по идее при творческом истолковании способна охватить большее разнообразие спорных ситуаций. Яркий пример — проблема последствий судимости для отдельных видов служебной деятельности, к которой КС РФ обращался применительно к военнослужащим, сотрудникам полиции, наконец, к пожарным в системе МВД (в этом смысле читателю будет интересно обратиться к решению КС РФ по жалобе гражданина А.Л. Алборова⁵¹).

Б. Г.-В. Лейбниц, который одобрительно отзывался об аналогическом методе познания, в особенности в естественных науках, замечал, что «вещи, наиболее отдаленные и скрытые, прекрасно объясняются по аналогии с тем, что видимо и близко от нас»⁵². Весьма желательным, следовательно, установить, как аналогия применяется в конституционном судопроизводстве наряду с дедуктивным умозаключением. Дж. Ст. Милль, исходя из того, что аналогия — это по сути своей неполная

⁴⁴ Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма, Инфра-М, 2011. 544 с.

⁴⁵ Weinreb L.L. Ibid. С. 106–107.

⁴⁶ Гаджиев Г.А. Указ. соч. С. 263.

⁴⁷ Weinreb L.L. Ibid. С. 34–35.

⁴⁸ Маврин С.П. Некоторые соображения о понятии правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 4. С. 12–18.

⁴⁹ См.: Weinreb L.L. Ibid, особенно с. 44, 66, 73, 110–111, 121.

⁵⁰ Posner R.A. Ibid. С. 765 и др.

⁵¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2015 г. № 31-П // СПС «КонсультантПлюс».

⁵² Лейбниц Г.-В. Соч.: в 4 т. Т. I. М.: Мысль, 1982. С. 377.

индукция, указывал: «...ценность доказательства по аналогии (т.е. умозаключения относительно одного сходства на основании других, при отсутствии какой-либо доказанной связи между ними) зависит от количества черт, признанных сходными — сравнительно, во-первых, с размерами области еще не исследованных черт различия, а затем — с размерами области еще не исследованных свойств. Отсюда следует, что когда сходство очень велико, когда различий установлено очень мало, а наше знакомство с предметом довольно полно, тогда доказательство по аналогии может весьма близко подходить по своей силе к настоящей индукции»⁵³. Во всех остальных случаях, видимо, как говорил еще Авиценна, аналогия «может привлечь внимание и навеять сомнение, но не установить достоверность»⁵⁴. Обобщая специфические черты данного вида судебной аргументации, авторы указывают следующее: установление аналогии судьей предполагает «обнаруживать за конкретными обстоятельствами рассматриваемого им прецедента общее правило», «аналитическим путем [очистить дело] от этих особенностей, чтобы [придать ему] способность к многократному применению в будущем»; при этом «в отличие от дедуктивного силлогизма, алгоритм которого носит жесткий «математически» выверенный характер, аналогия как мыслительная операция не поддается окончательной формализации», «из аналогии невозможно исключить и элемент индивидуальной субъективности, на что указывали уже в начале XX века представители социологической юриспруденции»⁵⁵.

Далее необходимо привести один из многих примеров решения на основе обращения к аналогии. В постановлении, посвященном раскрытию тайны усыновления, КС РФ пришел к выводу о том, что положения законодательства, «направленные на сохранение тайны усыновления ребенка, относящейся к сфере неприкосновенности частной жизни, семейной или личной тайны, не противоречат Конституции Российской Федерации, поскольку, будучи гарантией стабильности усыновления, защиты прав и интересов членов семьи, уважения их личной и семейной жизни и тем самым — защиты института семьи, по своему конституционно-правовому смыслу и с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации не дают оснований для вывода об отсутствии у суда общей юрисдикции права в каждом конкретном случае решать вопрос о возможности предоставления потомкам усыновленного сведений об усыновлении после смерти усыновленного и усыновителей в объеме, необходимом для реализации ими права знать свое происхождение (происхождение своих родителей), обеспечивающем поддержание баланса конституционно защищаемых ценностей, а также прав и законных интересов участников соответствующих правоотношений»⁵⁶. В более позд-

нем определении с позитивным содержанием по докладу судьи, посвященном проблеме раскрытия врачебной (медицинской) тайны, КС РФ указал, что «суд при осуществлении подготовки гражданского дела к разбирательству, правоохранительные органы — при решении вопроса о возбуждении уголовного дела, а прокурор — при проведении проверки в порядке надзора за соблюдением прав и свобод человека и гражданина могут на основе принципов соразмерности и справедливости принять решение о необходимости ознакомить заинтересованное лицо со сведениями, относящимися к истории болезни умершего пациента, в той мере, в какой это необходимо для эффективной защиты прав заявителя и прав умершего лица»⁵⁷. Сходство между этими правовыми положениями не случайное и отнюдь не поверхностное: формулируя свой вывод в определении, Конституционный Суд прямо сослался на вывод из более раннего постановления и указал, что он «может носить ориентирующий характер», тем самым осуществив его «универсализацию» («экстраполирование»). При этом связь между возможностью предоставления сведений, составляющих врачебную тайну, и раскрытия тайны усыновления лежит в плоскости *public policy* и может быть выявлена только путем обращения к общим принципам, руководившим Судом.

В то же время дедуктивное выведение этого следствия (о допустимости раскрытия врачебной тайны при строго определенных обстоятельствах) напрямую из абстрактных норм Конституции о тайне частной жизни и праве на информацию (к тому же имеющих здесь, как видно, разнонаправленное действие) было бы затруднительным. Поэтому более раннее постановление также, в свою очередь, основывается на правовых позициях по аналогичным или более общим вопросам. Следовательно, основной логический прием, который здесь был использован, — это аналогическое суждение: как точно замечают ученые, в континентальной правовой системе «нельзя обосновать постановляемое решение ссылкой на правовое положение, состоявшееся в судебной интерпретации законодательного акта, не называя сам акт. Следует применять законодательство, а правовые положения, ранее добытые в судебном истолковании, как бы далеко они ни отстояли от первичного текста, вводят в дело будто бы лишь для того, чтобы объяснить выбор и смысл применяемой законодательной нормы»⁵⁸. Чем больше в конституционно-судебной практике со временем вырабатывается таких правовых положений и чем более последовательно суд применяет их на основании аналогии, тем меньшее пространство остается для судейского усмотрения и тем меньше есть причин для непосредственного применения конституционной нормы.

7. Учитывая, что суждение по аналогии носит только вероятностный характер, основано хотя бы

⁵³ Милль Дж. Ст. Указ. соч. С. 510.

⁵⁴ Уемов А.И. Аналогия в практике научного исследования. Из истории физико-математических наук. М.: Наука, 1970. С. 3.

⁵⁵ Индукция и аналогия в мышлении юристов англо-американской традиции (предварительные размышления).

⁵⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 2015 г. № 15-П // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 9 июня 2015 г. № 1275-О // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁸ Арановский К.В., Князев С.Д. Судьба судебного прецедента в романо-германском праве // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 35.

отчасти на интуитивном знании и содержит пространство для усмотрения, необходимо установить минимальные требования к использованию этого приема познания, которые гарантировали бы, что он не ведет к необоснованности решений и даже к произволу. При этом, конечно, речь идет о буквальной (логической) аналогии, с помощью которой сравниваются сопоставимые по своим характеристиками предметы, в чем состоит ее отличие от аналогии фигуральной, являющейся не более чем убеждающим риторическим приемом⁵⁹ (например, аналогия между торговой маркой магазина игрушек и автомобильным брендом). Такие условия могут быть описаны следующим образом: аналогичность имеется лишь тогда, когда общий признак между двумя объектами «является существенной, атрибутивной, а не акцидентальной характеристикой двух этих объектов», при этом недостаточно простого указания на сходство объектов — требуется также «описание условий либо законов (или неявная ссылка на них)», в силу которых происходит конкретное явление, поскольку можно зафиксировать характер связи между сопоставляемыми фактами, и он не будет случайным»⁶⁰. В таком случае аналогия, оставаясь по сути своей только правдоподобным суждением, именуется научной (в противоположность популярной) и гарантирует более высокую вероятность истинности заключения⁶¹. В юриспруденции это может быть некий принцип, соображение «публичной политики» (public policy), о котором говорит Р. Познер, являющийся «рациональным основанием» аналогии⁶² (например, стремление конституционного законодателя не допустить произвольного вмешательства в личное пространство человека позволяет оценивать аналогичным образом физический обыск и перехват телефонных сообщений).

Со сказанным вполне согласуется учение Р. Кросса, из которого можно понять, что судья, применяя аналогю, во-первых, доказать, что сходство в дух делах является существенным (ведь в ряде случаев «у юристов могут быть разные — и вполне обоснованные — мнения о юридическом значении некоторых фактических различий между предыдущим и рассматриваемым делом»⁶³), а во-вторых, объяснить, почему из нескольких возможных аналогий он выбрал именно эту («не лучше вовсе необоснованного решения и такое обоснование, в котором содержится ссылка на конфликтующие прецеденты, но не указывается, почему одни принимаются во внимание, а другие не принимаются или отвергаются»⁶⁴).

Примером последовательного применения объяснительной аналогии Конституционным Судом может служить серия дел об ограничении права

лиц, подвергавшихся уголовному преследованию, выполнять семейные обязанности, связанные с воспитанием детей. Как известно, в постановлении 2014 г.⁶⁵ КС РФ на основе принципа соразмерности установил разумные пределы действия норм Семейного кодекса, вводивших бессрочный и безусловный запрет на усыновление детей в отношении лиц, имеющих или имевших судимость, подвергавшихся или подвергавшихся уголовному преследованию за широкий круг преступлений. В одной из следующих жалоб заявителем была поставлена схожая проблема, но применительно уже к запрету на установление опеки (попечительства), и Суд счел возможным распространить на эту проблему действие прежней правовой позиции, с одной стороны, «принимая во внимание отличия в правовом статусе усыновителей, приравненных в личных неимущественных и имущественных правах и обязанностях к родителям... и опекунов (попечителей), назначаемых временно и имеющих возможность быть освобожденными от исполнения своих обязанностей...», но с другой стороны, имея в виду «схожие цели институтов усыновления и опеки (попечительства) как форм устройства детей, оставшихся без попечения родителей, а именно обеспечение таким детям надлежащих, в том числе эмоционально-психологических, условий для полноценного развития, а также содержание, воспитание и образование детей, защита их прав и интересов»⁶⁶. То есть суд счел, что сходство здесь является более существенным, чем различия.

Можно привести и множество примеров обратной ситуации — когда КС РФ устанавливал, что различие между делами является существенным. Например, в Определении от 15 января 2015 г. № 8-О КС РФ прямо отказался применить высказанную им в Постановлении от 5 марта 2013 г. № 5-П позицию, на которую ссылался заявитель, о недопустимости в определенных случаях взимания со специализированной организации, осуществляющей деятельность по размещению отходов производства и потребления, пятикратного размера платы за размещение отходов, образовавшихся в результате хозяйственной и иной деятельности других организаций, поскольку в более новом деле, в отличие от предыдущего, организация имела возможность компенсировать понесенные ею расходы — что было обозначено как неперемное условие действия названной позиции.

В итоге всего сказанного, как кажется, находит свое подтверждение сделанное нами ранее предположение о том, что применение аналогического мышления в конституционном судопроизводстве и, если угодно, следование «прецеденту», не особенно зависит от формального отнесения конкретной

⁵⁹ Пригарина Н.К. Тактика сопоставления как элемент аргументации судебной речи // Вестник Московского государственного областного университета. Серия «Русская филология». 2009. № 3. М.: Изд-во МГОУ, 2009. С. 46–49.

⁶⁰ Вольф М.Н. Основания аргументации в раннегреческой философии: аналогия как тип аргументации // Вестник НГУ. Серия: Философия. 2013. Т. 11. Вып. 2. С. 115–116.

⁶¹ Бочаров В.А., Маркин В.И. Введение в логику: учебник. М.: ИД «ФОРУМ»: ИНФРА-М, 2008. С. 492–493.

⁶² Weinreb L.L. Ibid.

⁶³ Кросс Р. Указ. соч. С. 185.

⁶⁴ Там же. С. 197.

⁶⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 31 января 2014 г. № 1-П // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 13 мая 2014 г. № 997-О // СПС «КонсультантПлюс».

правовой системы к прецедентной или статутной. Думается, что нельзя выразить эту идею яснее, чем это сделал К. Экштайн в своем пособии по правам человека в главе, посвященной толкованию: «...высказываемое в России здесь и там мнение о том, что в континентальной правовой системе нет места для применения прецедентов, не только неверно, но и абсурдно. Прецеденты имеют большое значение и в континентальной правовой системе. Если бы суд в одном случае принимал одно решение, а в сходной ситуации принимал бы без особого обоснования иное решение, то это бы в корне противоречило принципу равенства»⁶⁷. Это заметно совпадает с рассуждениями Р. Кросса: «...основной принцип, который должен соблюдаться при отправлении правосудия, состоит в том, что сходные дела разрешаются сходным образом»; «...следует принять и обратный принцип: различающиеся между собой дела должны разрешаться по-разному»; «...отказ суда последовать какому-нибудь из своих прежних решений неизбежно приведет к несправедливости. Стороны вправе ожидать, чтобы похожие дела разрешались сходным образом, и это ожидание поощряется судом»⁶⁸. В данном случае, конечно, термин «прецедентный» понимается не в строгом смысле, со всеми присущими ему правилами и формальностями, а как раз, скорее, для обозначения общей логики принятия решений.

Использование аналогии, таким образом, во-первых, это скорее не атрибут какого-то особенного типа судебного познания — англо-американского или континентально-европейского, а один из универсальных способов аргументации («[аналогическая аргументация] британского судьи, вероятно, более доступна американскому юристу, чем аргументация французского судьи», хотя «[необходимость в ней] является общей для всех правовых систем, разделяющих верховенство права»⁶⁹). Если конституционный суд не будет в меру строго следовать своим же прежним позициям по аналогичным вопросам, что некоторым авторам видится вполне нормальным («рассматривая два очевидно похожих дела, КС РФ никак не связан правовыми позициями из прежнего решения»⁷⁰), это будет означать, как минимум, что он будет вынужден каждый раз сызнова проделывать тот интеллектуальный труд, который он уже проделал когда-то, причем, учитывая, что, как сказано ранее, из абстрактных суждений не следуют конкретные решения, результат может каждый раз оказываться разным, что совершенно неприемлемо. Как замечал по сходному поводу лорд Хэлсбери, такой подход привел бы к «ужасному по своим последствиям неудобству», которое будет состоять в том, что «каждый вопрос надо будет подвергать новому обсуждению и приводить человеческие отношения в состояние неопределенности»⁷¹.

Во-вторых, трудно было бы оправдать ситуацию, когда бы ЕСПЧ (постановления которого изобилуют ссылками на собственные прецеденты) в разные отрезки времени или применительно к разным государствам-участникам принимал противоположные решения по сходным правовым вопросам, никак не объясняя этих перемен. Это относится, вероятно, и ко всем другим судам, с той лишь разницей, что они обычно не формулируют общих правоположений, а квалифицируют конкретные фактические обстоятельства, усмотрение их сильнее ограничено многочисленными законами и подзаконными актами, правда, поворот в их практике может никак ими не обосновываться и быть связан зачастую с допущенной ранее ошибкой (ср.: «...поворот в судебной практике всегда возможен, и судьи не обязаны его обосновывать. Этот поворот не посягает на рамки права, не угрожает принципам права», поскольку «правовая норма... созданная судебной практикой, не имеет такого авторитета, которым обладают законодательные нормы»⁷²). Но и такое изменение сложившейся практики может быть оценено резко негативно, если оно не отвечает требованиям правовой определенности, равенства, стабильности гражданских правоотношений (см., напр., п. 3.3–4.1 Постановления Конституционного Суда РФ от 5 марта 2013 г. № 5-П по делу об экологических платежах). Иными словами, исправление ошибок в судебной практике, в отличие от научной теории, может быть чревато серьезными издержками.

8. Р. Декарт писал, что, «коль скоро познание той или иной вещи нельзя свести к индукции, надлежит отбросить все узы силлогизмов и вполне довериться интуиции как единственному остающемуся у нас пути, ибо все положения, непосредственно выведенные нами одно из другого, если заключение ясно, уже сводятся к подлинной интуиции», при этом «когда мы выводим какое-либо положение из многочисленных и разрозненных положений, то объем нашего интеллекта часто оказывается недостаточным большим, для того чтобы охватить их всех единым актом интуиции; в данном случае интеллекту надлежит удовлетвориться надежностью этого действия»⁷³. Сходное понимание явления интеллектуальной интуиции (в противоположность средневековому, мистическому) было свойственно другим рационалистам (Б. Спинозе, Г. Лейбницу). Последний утверждал: «...можно сказать, что интуитивное познание заключается в определениях, когда их возможность сразу ясна. Подобным же образом все адекватные определения содержат в себе первоначальные рациональные истины, и, следовательно, интуитивные познания... всем первоначальным рациональным и фактическим истинам общо то, что их нельзя доказать при помощи чего-нибудь

⁶⁷ Экштайн К. Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции : учеб. пособие для вузов. М. : NOTA BENE, 2004. С. 22.

⁶⁸ Кросс Р. Указ. соч. С. 25, 43, 116.

⁶⁹ Weinreb L.L. Ibid. С. 135.

⁷⁰ Чернышев И.А. Правовые позиции в решениях Конституционного Суда России // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 5. С. 1–7.

⁷¹ Цит. по: Кросс Р. Указ. соч. С. 115.

⁷² Давид Р. Указ. соч.

⁷³ Декарт Р. Избранные произведения. Академия наук СССР. Институт философии : пер. с франц. и лат. М. : Политиздат, 1950. С. 102–103.

более достоверного»⁷⁴. Основоположник сенсуализма Дж. Локк, с которым позднее полемизировал в своих диалогах Лейбниц, писал, что «интуиция и доказательства суть две степени (*degrees*) нашего познания. То, что не достигается тем или другим, с какой бы ни принималось уверенностью, есть лишь вера, или мнение... Ничего нет достовернее того, что идея, получаемая нами от внешнего объекта, находится в нашем уме; это — интуитивное познание»⁷⁵. Тем самым вслед за родоначальником английского эмпиризма Ф. Бэконом Локк называл источником знания в первую очередь опыт и чувства. Очевидно, что понимание интуиции рационалистов и эмпиристов сильно различалось, но можно заметить, что общее в них — противопоставление интуитивного познания логическому, простота и непосредственность этого метода. В истории философии в понятие интуиции вкладывалось различное значение; совершенно новый виток этой дискуссии дало развитие в XX столетии физиологии и психологии; невозможность предпочтения одного способа познания другому наиболее ясно выразил знаменитый математик Анри Пуанкаре, заметив, что «логика и интуиция играют каждая свою необходимую роль. Обе они неизбежны. Логика, которая одна может дать достоверность, есть орудие доказательства, интуиция есть орудие изобретательства»⁷⁶.

Проблема интуиции в судебном познании наша развитие в советской науке судебного права. Так, интерес представляет дискуссия, развернувшаяся между А.Р. Ратиновым, В.П. Казимирчуком, М.С. Строговичем, а затем и К.И. Комиссаровым. А. Ратинов подчеркивал, что «интуиция — это несомненное постижение отдельных положений, которое не выведено логическим путем», но которое предполагает «основанную на опыте и знаниях способность непосредственного решения следственных задач при ограниченных исходных данных», тем самым противопоставляя интуицию версии как «результату логической деятельности»⁷⁷. Впоследствии К. Комиссаров, рассуждая о роли творчества в толковании и применении социалистическим судом нормы закона, также писал, что интуиция — это «отражение накопленного опыта в виде подсознательного (не дискурсивного) вывода, который вследствие этого лишь кажется проявлением скорее чувств, а не мысли. Судебное познание подчиняется основным положениям теории познания. Ему, следовательно, не чуждо и присутствие интуиции... играя вспомогательную роль и не имея процессуального значения, интуиция действует, если можно так сказать, где-то на подступах»⁷⁸. Пользу интуитивного знания признавал и В.П. Казимирчук в статье, посвященной соотношению интуиции и убеждения, подчеркивая, правда, что интуиция не может быть вполне отнесена к области

чувственного: «...интуитивное решение часто бывает лишь предвосхищением итога мыслительной работы, которая еще должна быть произведена», и что «интуиция судебного деятеля, вырабатывающаяся в ходе большого и сложного опыта, в результате долголетней практической деятельности, может играть роль только побудительную, ускоряющую образованные внутреннего убеждения»⁷⁹. М. Строгович, оспаривая и позицию Ратинова («совершенно несостоятельная задача... находить разумные основания для решения, найденного неразумным путем»; «интуиция будет означать предвзятость, односторонность следователя, произвольность и необоснованность его выводов»), и позицию Казимирчука («сокращенные рассуждения, умозаключения, которые производятся быстро, без особого формулирования посылок, в мышлении применяются постоянно», но в любой момент могут быть «восстановлены пропущенные звенья мыслительного процесса и приведено основание для своего вывода», поскольку иначе речь идет «о гадании, а не о выводе»), настаивал на том, что интуиции нет места в судебном познании вовсе⁸⁰. Ученые, впрочем, сходились в очевидном: предварительное суждение о проблеме, основанное на опыте, предшествует окончательному логическому выводу, при этом решение должно быть основано именно на доказательствах, а не на догадках, а аргументы должны быть надлежаще изложены в мотивировке судебного решения.

Дискуссия об интуиции в судебном познании получила еще более мощный импульс в западной юриспруденции, основывалась на данных психологии и обширных социологических исследованиях, экспериментах. Исследователи установили, что судьи часто принимают решение, основываясь на интуиции, первоначальном впечатлении, а затем лишь подтверждают или опровергают его путем осмысления (*deliberation*). В некоторых случаях — например, в суждении о поступке (явлении) как о моральном или аморальном, в оценке справедливости или несправедливости меры ответственности за вред, трудно поддающийся исчислению, — сильно влияние именно этого первоначального интуитивного впечатления, установок и предубеждений. При этом решение, основанное преимущественно на интуиции, нежели на обсуждении и логическом осмыслении, менее транспарентно и убедительно в своих доводах⁸¹. Равным образом, использование теста на пропорциональность (видимо, и любых иных тестов в конституционном правосудии) с целью установления справедливости некоего правоограничения и отграничения одной правовой ситуации от другой, являясь хорошей аналитической моделью, позволяющей поставить усмотрение суда в более строгие рамки, придать его оценкам види-

⁷⁴ Лейбниц Г. В. Соч. : в 4 т. Т. 2. М. : Мысль, 1983. С. 373.

⁷⁵ Локк Дж. Соч. : в 3 т. М. : Мысль, 1988. Т. 2. С. 14–15.

⁷⁶ См.: Подгорных Е.М. К определению понятия «интуиция» в профессиональной творческой деятельности педагога // Вестн. Оренбургского гос. ун-та. 2007. № 10. С. 22–27.

⁷⁷ Ратинов А.Р. О следственной интуиции // Социалистическая законность. 1958. № 4. С. 25.

⁷⁸ Комиссаров К.И. Творческий характер судебной деятельности // Правоведение. 1976. № 3. С. 60–67.

⁷⁹ Казимирчук В.Н. Внутреннее судебное убеждение и интуиция // Советская юстиция. М. : Госюриздат РСФСР, 1958. № 5. С. 20–21.

⁸⁰ Строгович М.С. О рациональном и эмоциональном в судебном исследовании // Сов. государство и право. 1959. № 5. С. 92–95.

⁸¹ Об этих выводах см.: Guthrie C., Wistrich A.J., Rachlinski J.J. Judicial Intuition. URL: https://law.vanderbilt.edu/files/archive/Judicial_Intuition.pdf

мость логической последовательности и стройности, тем не менее отнюдь не способно исключить оценочные суждения и суждения, основанные на интуитивном ощущении, и дать математически точные выводы (строго говоря, термин «соразмерность» предполагает нахождение «меры», измерение, тогда как степень вторжения в право человека и польза от этого для достижения некоего блага обычно не могут быть количественно оценены и взвешены).

Как нам кажется, возможность суждения об аналогичности предметов, явлений (правоограничений и т.п.), будучи присущей мышлению всякого человека, в известной степени основывается на опыте и интуиции. Подтверждение этому предположению находится в литературе; «...своеобразным видом интуиции является перенос признаков, имеющих общее значение для некоторого класса предметов, на новые предметы этого класса. В математике она получила название «эмпирической» интуиции. В логическом плане эмпирическая интуиция представляет собой скрытое заключение по аналогии, и она не обладает большей достоверностью, чем аналогия вообще»; при этом далее автор делает вывод, что интуитивный компонент познания можно обнаружить у юриста (судьи), который «должен выносить приговор не только в соответствии с заранее предписанным количеством доказательств, но и согласно «внутреннему убеждению»⁸².

Не только предварительное установление круга возможных аналогичных дел для сравнения, но и выявление сходства или различия между ними, того, что в тексте решения имеет существенное значение и обладает общеобязательным (аналогическим) значением, таким образом, требует этой самой интуиции. Недаром Р. Кросс, ссылаясь в своей работе на всевозможные тесты, например, так называемый метод Уэмбо и метод Гудхарта, тем не менее приходит к выводу: «...раскрытие *ratio decidendi* прецедента — это прежде всего проблема из области психологии. Когда судья А определяет, каким принципом руководствовался судья В, решая дело С, он, по-видимому, находится под влиянием слов и выражений судьи В, хотя многим словам не следует придавать — и им действительно не придадут — решающего значения»⁸³. Заметно, насколько эти рассуждения совпадают с рассуждениями немецких юристов — так, например, известный ученый О. Люхтерхандт пишет: «...иногда неясно, что собственно является причиной, послужившей основанием для данного решения. Конечно, к ним не относятся «между прочим» сделанные замечания и как бы невзначай выраженные судом правовые воззрения — так называемые *obiter dicta*, к выска-

зыванию которых по ходу рассмотрения дела суд побуждают какие-либо обстоятельства; и в качестве «послуживших основанием» могут выступать такие причины, при отсутствии которых цепочка аргументации суда оказалась бы неполной, а решение представлялось бы «подвешенным в воздухе». Что же происходит, если суд опирается в своем решении, как это часто случается, на несколько конституционно-правовых аргументов, каждый из которых пригоден для обоснования решения или является обоснованием?»⁸⁴

Вряд ли на этот вопрос возможно дать окончательный ответ. Впрочем, упомянутый Конституционный Совет Франции имеет традицию комментировать свои лаконичные решения, тем самым подробнее поясняя их основные мотивы; Федеральный конституционный суд ФРГ, напротив, «учитывая трудность вычленения [ведущих оснований] из текста решения, содержащего также описание факты дела (*Sachverhalt*), иные суждения, в том числе высказанные попутно (*obiter dicta*)... выработал практику формулирования их в самом начале решения в виде основных тезисов (*Leitsätze*)»⁸⁵. Это позволяет сделать утверждение о действительных мотивах решения более достоверным, нежели предположительным. Тем не менее это вряд ли способно полностью исключить из аналогической аргументации тот «некодифицируемый, творческий момент», который содержит в себе явление интуиции⁸⁶.

9. Представленные суждения призваны продемонстрировать следующую закономерность. Природа и назначение суда в правовой системе, компетенция, которой он наделен законодателем, и степень его вовлеченности в процесс правогенерации лишь отчасти, но все же определяют логику мышления судьи, методологию принятия решений, преобладание одних приемов познания над другими; этим, в свою очередь, также лишь отчасти определены содержание судебного решения, его транспарентность, иные юридико-технические особенности. При этом использование основных логических приемов: дедукции, индукции, суждения по аналогии, в той или иной степени и в различном сочетании друг с другом, присуще каждому суду, хотя может и не проследиваться «на бумаге». При решении конституционно-правовых споров индукция (формулирование правовой позиции) и аналогия (следование прецеденту) имеют большое значение и компенсируют недостаточность строгого дедуктивного метода. Дальнейший анализ этой закономерности, как кажется, мог бы помочь сложить лучшее представление о таких понятиях, как прецедент, судебная норма, правовая позиция, и о месте этих явлений в отечественном судебном праве.

⁸² Литвинова А.Л. Роль интуиции в научном познании // *Философия о предмете и субъекте научного познания* / под ред. Э.Ф. Караваева, Д.Н. Разеева. СПб.: Санкт-Петербургское философское общество, 2002. С. 135–150.

⁸³ Кросс Р. Указ. соч. С. 184.

⁸⁴ Люхтерхандт О. Значение решений Федерального Конституционного Суда для правового порядка Германии // *Альманах. Конституционное правосудие в новом тысячелетии*. 2011. Ереван: Центр конституционного права Республики Армения, 2011. С. 132.

⁸⁵ Гриценко Е.В. Роль конституционного суда в обеспечении прямого действия Конституции в Германии и России // *Журнал конституционного правосудия*. 2013. № 1. С. 14–29.

⁸⁶ Weinreb L.L. *Ibid.* С. 32.