

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

Часть 1*

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

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

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

«...установилось правило, что все однажды совершенное может быть законным образом совершено вновь; на этом основании судьи с великою заботливостью сохраняют все старые решения, попирающие справедливость и здравый человеческий смысл. Эти решения известны у них под именем прецедентов; на них ссылаются как на авторитет, для оправдания самых несправедливых мнений, и судьи никогда не упускают случая руководствоваться этими прецедентами».

Джонатан Свифт.
«Путешествия Гулливера»

Введение

Прежде основного повествования необходимо показать, насколько плодотворным рассмотрение проблемы аналогии может быть применительно к доктрине прецедента, в частности, в американском праве. Ответ, лежащий на поверхности, состоит в следующем: как широко признано в науке и точно указано в Стэнфордской энциклопедии философии, прецедент и аналогия есть основ-

ные формы обоснования в странах общего права, в частности Соединенном Королевстве и США. Основная философская проблема, возникающая в связи с этим, состоит в том, «когда два дела могут считаться «одинаковыми» для целей прецедента» или «когда два дела являются «подобными» для целей аналогии» и «почему решение по более раннему делу оказывает влияние на решение по более позднему делу»?¹ Л.В. Головкин в своей яркой статье попытался доказать, что и в странах общего права судебный прецедент «ничуть не связывает суд при принятии решения», так как «ссылка на предшествующие прецеденты на самом деле есть его право» и результат дискреционного, творческого акта, а цитирование прецедентов является лишь способом «внешней легитимации судебной власти»; судья же из страны континентальной правовой системы (в том числе российский) просто «никогда не сошлется на подлинный источник собственного вдохновения»². Но такая позиция явно не является магистральной в американской науке: Эдвард Леви в известной работе 70 лет назад писал: базовая модель юридического обоснования — обоснование «от дела к делу», обусловленное доктриной прецедента, когда сперва находится «сходство между делами», затем «провозглашается правовая норма, неотъемлемая для первого дела»,

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

¹ URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>

² Головкин Л.В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 6–34.

наконец, эта «норма делается применимой для второго дела»³. В таком случае аналогическое обоснование в американском праве весьма значимо, что подтверждается внушительным числом научных публикаций.

Далее, пригодность полученных выводов применительно к иностранному правопорядку, относящемуся к иной «правовой семье», также требует объяснения. В самом общем смысле такое объяснение — высказанный учеными тезис о «естественной конвергенции» в праве — сближении «параметров национального права стран с разными правовыми традициями»; со стороны стран общего права она замечена в «движении от судебного прецедента к прецедентам толкования»⁴ (когда прецедент основывается не на более раннем прецеденте, а на статуте и содержит истолкование его положений, а не новое правило); со стороны стран континентального права она выражена в том, что «в большинстве юрисдикций гражданского права толкование судьей законодательства не препятствует использованию некоторых судебных решений в качестве аналога прецедента» (концепция единообразия правоприменительной практики)⁵. Поэтому утверждать, что любые суждения относительно роли аналогии в судебной практике США неприменимы для исследования российского судопроизводства, было бы преждевременным.

Акцент в повествовании на конституционной юриспруденции также нуждается в пояснении, особенно учитывая, что в отечественной правовой науке проблему аналогии традиционно относят к разделу общеправовой теории и теории процессуального права. Этот выбор вызван и объективными обстоятельствами: ВС США, рассматривая конкретный спор в качестве суда высшей апелляционной инстанции, одновременно разрешает вопрос конституционно значимого характера, дисквалифицируя или истолковывая акты Конгресса и формулируя правовые положения, являющиеся на практике общеобязательными. При этом существует мнение, что в США «именно в конституционном праве правило *stare decisis* всегда применялось с наименьшей жесткостью... при разрешении конституционных конфликтов судьи считают себя обязанными следовать прежде всего положениям самой Конституции, а не предшествующим прецедентам ее толкования»⁶. Также в сравнительно-правовых исследованиях отмечалось, что «конституционное толкование Верховным Судом отличается от традиционного (в общем праве) понимания прецедента, в особенности, поскольку факты играют менее значимую роль»⁷. Уже эти обстоятельства не могут не обуславливать специфику обращения к аналогии.

В объяснении нуждается и то, почему, обозначив наименование темы довольно широко, автор далее останавливается преимущественно на работах двух ученых — Р. Познера и К. Санстейна. Думается, и этот выбор нельзя считать совершенно произвольным: взгляды именно этих ученых, неоднократно вступавших в дискуссию, полярны друг другу по многим вопросам; они ставят исследуемую проблему в любопытные контексты собственных построений (экономический анализ, стратегия судебного минимализма); наконец, именно они считаются сегодня едва ли не самыми уважаемыми и часто цитируемыми в западном юридическом сообществе. Это, конечно, не отменяет необходимости обратиться к трудам не менее именитых ученых (Б. Кардозо и Э. Леви, Ф. Шауэра и Л. Уайнреба), посвященным общеправовым аспектам аналогического обоснования.

Прецедент и аналогия в США (общий обзор)

Для того чтобы дальнейший анализ поставленной проблемы состоялся, необходимо хотя бы поверхностно обратиться к юридическим понятиям, имеющим ключевое значение для такого анализа: доктрина «следовать решенному» (*stare decisis*) и обязывающий прецедент (*binding precedent*); основание решения (*holding*) и попутно сказанное (*obiter dictum*); следование прецеденту (*following*), различение (*distinguishing*), сужение (*narrowing*) и распространение (*extending*), отмена (*overruling*).

1. В концентрированном понимании доктрина «вертикального» прецедента и «горизонтального» прецедента или *stare decisis* («стоять на решенном и не изменять то, что было установлено» — *lat.*) предполагает, что в странах общего права «решение вышестоящего суда в пределах одной юрисдикции выступает в качестве обязывающей силы в отношении нижестоящего суда...», при этом при рассмотрении сходного дела «суд более высокого уровня не обязан следовать решению нижестоящего суда... некоторые суды не применяют доктрину *stare decisis* и в отношении собственных прежних решений», а могут положиться «на не имеющий обязывающей силы прецедент, относящийся к иной юрисдикции», в том числе юрисдикции другого штата в федеративном государстве, а также другой страны⁸. В общем, речь идет о том, что суд подчиняется чужой логике, выраженной ранее по аналогичному спору (будь то нижестоящий суд или иной состав того же суда). Насколько нам известно, такое понимание обязывающей силы прецедента и принципа «следовать решенному», с определенными оговорками и изъятиями, разделяется абсолютным большинством исследователей-компаративистов, противопоставляющих их

³ Edward Hirsch Levi. *An Introduction to Legal Reasoning* // 15 University of Chicago Law Review, 501 (1948). С. 501.

⁴ Богдановская И.Ю. Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности развития // Российское правосудие. 2012. № 5. С. 24–26.

⁵ Ларо М. Роль судебного прецедента в правовой системе США // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2009 года. М.: Статут, 2011. С. 32–33.

⁶ Петрова Е.А. Правило *stare decisis* как основа судебного правотворчества в США // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 3.

⁷ Komarek Jan. *Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts* // LSE Legal Studies Working Paper No. 4/2011. С. 11.

⁸ Paul M. Perell. *Stare decisis and the techniques of legal reasoning and legal argument* // *Legal Reasoning and Legal Argument* (1987).

континентально-правовому принципу *res judicata* (обязательность окончательного судебного решения для сторон спора и возможность его преодоления лишь для исправления фундаментальных ошибок). В отечественной науке также отмечается непреложность доктрины прецедента и одновременно постепенный отказ от принципа «жесткого» прецедента, т.е. действующего по горизонтали в отношении высших судов; что касается убеждающей силы зарубежного прецедента, то признается, что она все же способствовала «созданию единой правовой культуры в данной семье»⁹.

Конечно, в таком изложении судебное решение, обладающее общеобязательной силой, трудноотличимо от статута, хотя известно, что разница между ними велика как в континентальном, так и в англосаксонском праве. Существует не менее трех убедительных обоснований природы прецедента: как решения, устанавливающего правила поведения (нормы), выявляющего основополагающие принципы, определяющего баланс аргументов¹⁰. Принято считать, что структурно судебное решение в странах общего права включает в себя в качестве важнейшего элемента обоснование (*reasoning*), ведущее от описания фактических обстоятельств к разрешению поставленного сторонами спорного вопроса. В центре обоснования принято выделять *ratio* решения (аналог в амер. праве — *holding*) — которое и представляет собою правило, сформулированное судом, обладающее общеобязательным значением, и *dicta* — также правовые доводы, но являющиеся периферийными, не устанавливающие правила («замечания суда по вопросам, не относящимся к предмету его рассмотрения, выводы по вопросам, не обязательные для исхода дела, всесторонние пояснения массива правовых норм или просто не относящиеся к делу пояснения»¹¹). Против нормативного понимания прецедента поэтому выдвигаются следующие доводы: специфическая форма решения и существование техники различий.

И хотя судебные решения по существу спора действительно «высоко дискурсивны тексты и крайне редко идентифицируют собственное *ratio*» в отличие от «канонического изложения правила», устанавливаемого статутом, это может означать лишь, что «право, выявленное в прецеденте, более расплывчато и неопределенно», а вовсе не то, что «прецеденты не создают правил» вовсе¹². Отечественные исследователи также в основном приходят к выводу, что «правовая норма, содержащаяся

в прецеденте, носит неписанный характер, не имеет четкого письменного изложения, часто туманна», и более того — «формулируется не только на основе одного решения, но в большинстве случаев — на основе целой цепочки дел», но опять же, речь идет именно о *rule* или *command*, т.е. о норме или правиле поведения¹³. Причем установление *holding* в американских решениях — не столь сложная задача, как *ratio* — в английских. Первые представляют собою обычно так называемое *majority opinion*, т.е. единое мнение от имени более чем половины судей (при наличии полностью или частично не совпадающих особых мнений (*dissents*) и совпадающих особых мнений (*concurrences*))¹⁴, или *plurality opinion*, если большинство имеет лишь относительный характер; вторые, как правило, состоят из «калейдоскопа индивидуальных решений судей, обычно пяти, объединенных разве что общей «шапкой», включая прежде всего «лидирующее решение» (*leading judgment*)¹⁵.

Таким образом, прецедент в упрощенном виде может быть охарактеризован двумя основными свойствами: содержательным (формулирование или провозглашение¹⁶ правила поведения, не существовавшего или не выявленного ранее) и приписываемым (обязательность для суда соответствующей юрисдикции, обеспечиваемая возможностью апелляции). Так, в деле «*Rippo v. Baker*»¹⁷ Верховный Суд напомнил череду прецедентов, образующих правило: оговорка о надлежущей процедуре может требовать отвода судьи, даже когда не доказано наличие реально существующего, субъективного предубеждения (*actual bias*), однако объективно в имеющихся обстоятельствах вероятность пристрастности со стороны обычного судьи слишком высока, чтобы быть конституционно допустимой (*Aetna Life Ins. Co. v. Lavoie* 1986 г., *Withrow v. Larkin* 1975). Признавая свою юрисдикцию в этом деле, Суд напомнил основополагающую для судебной системы федеративного государства доктрину *Adequate and independent state ground*, в силу которой у него нет юрисдикции по рассмотрению федерального требования о пересмотре решения суда штата, только если такое решение основывается на законе штата, который является «независимым» от существа федерального требования и составляет «адекватную» основу для решения (*Foster v. Chatman* 2016 г.). Как заметил Дж. Нэш, «Верховный суд является окончательным толкователем федерального законодательства, а верховенство права предполагает призна-

⁹ Богдановская И.Ю. Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности развития. С. 19–20; Богдановская И.Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 77 и др.

¹⁰ URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>

¹¹ Frederick Schauer. *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning* / Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. С. 56.

¹² URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>

¹³ Богдановская И.Ю. Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности развития. С. 22; Богдановская И. Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве». С. 78.

¹⁴ См.: Евсеев А.П. Верховный Суд США сегодня. Харьков: Юрайт, 2014.

¹⁵ Евсеев А.П. Верховный Суд Соединенного Королевства: становление. Харьков: Юрайт, 2014.

¹⁶ «Из деклараторной легенды следует, что суд, не создавая право, вместе с тем как бы «открывает» его положения, оглашает их (*declare*) при установленных в деле обстоятельствах и по ним же решает дело» — Арановский К.В., Князев С.Д. Судьба судебного прецедента в романо-германском праве // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 30–38.

¹⁷ *Rippo v. Baker*, 580 U.S. 2017.

ние этого нижестоящими судами — штатов, так же как и федеральными — независимо от того, согласен ли суд низшей инстанции с доводами Верховного Суда, и от масштаба проблемы»¹⁸.

Вместе с тем понимание обязывающей силы прецедента как механического следования судом правилу, установленному *holding* решения, несомненно, было бы примитивным и далеким от правды.

Во-первых, суды высокого уровня (в США это апелляционные суды и федеральный Верховный Суд) вправе прямо отказаться от сформулированного ими ранее прецедента (полностью или в части), сочтя его явно ошибочным (*manifestly wrong*). Речь идет именно об исключительных ситуациях, когда «последствия ошибочного решения столь серьезны... что заслуживают его отмены», а вовсе не о любом несогласии с прежним решением, поскольку иначе доктрина *stare decisis* лишилась бы всякого смысла¹⁹. В одном из решений ВС США сформулировал ряд конкретных критериев, которые позволяли бы оценить ему «соответствие отмены прежнего решения идеалу верховенства права»²⁰. В США эта практика получила большее распространение, хотя именно в Англии сформулированы понятия *per incuriam* (согласно Юридическому словарю Блэка, «по небрежности») и *lapsed rule* (буквально — утратившее силу правило), обоснованные лордом Дэннингом, по смыслу которых решение Палаты лордов может быть отвергнуто, если оно ошибочно не учитывает всех существенных положений статутного и прецедентного права, или если основание, положенное в его основу, перестало существовать с течением времени²¹. Впрочем, еще Бенджамин Кардозо писал, что приверженность прецеденту должна знать исключения, «когда правило, после того, как оно было должным образом проверено опытом, оказалось несовместимым с чувством справедливости или общественным благосостоянием»²².

Во-вторых, «зеркальным отображением» следования прецеденту (т.е. последовательного применения его к тождественному набору обстоятельств) является «различение» или «дифференцирование» нового дела и прецедента, на первый взгляд совпадающих. Различение означает, по емокому определению одного автора, возможность «не применять прецедент, когда наилучшее прочтение этого прецедента допускает его неприменение», а значит, «различение или нераспространение сохраняет прецедент таким, какой он есть»²³. Иными словами, речь идет о неприменении прецедента

по мотивам наличия существенных (*relevant*) различий в обстоятельствах двух дел, при котором *ratio* первого решения не подвергается сомнению или модификации, как и при следовании ему. Как пишет Фредерик Шауэр, «на практике 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»²⁴. В случаях же, когда любые различия совершенно незначительны, говорят, что прецедент полностью подходит (*on all fours*).

В-третьих, напротив, распространение «означает применение прецедента, когда его наилучшее прочтение допускает его неприменение», причем именно «принцип *stare decisis* диктует необходимость применения прецедента, но не его распространения»²⁵. Иными словами, распространение предполагает расширение сферы действия *ratio* решения на новый круг жизненных ситуаций, в сравнении с тем, как она определена судом ранее.

В-четвертых, интерес представляет «сужение» прецедента, т.е. «неприменение прецедента, когда его наилучшее прочтение требует его применения», которое, как и распространение, создает «напряженность между наилучшим прочтением предположительно обязывающего прецедента и тем, как этот прецедент использован в новом деле»²⁶. Иными словами, сужение означает исключение из сферы действия прецедента (его *ratio*) ряда ситуаций за счет признания существенными фактов нового дела, которые суд в прецедентном решении рассматривал (бы) как несущественные. По этой причине, технику сужения разные авторы именуют «ограничительным различием» (*restrictive distinguishing*) или «скрытой отменой» (*stealth overruling*)²⁷.

Что касается прямой или скрытой отмены нижестоящим судом прецедента, сформулированного судом верховным, то сам Верховный Суд такую практику не одобряет. Среди множества примеров тому можно привести решение ВС США по делу «*Shaun Michael Boss v. Oklahoma*» 2016 г., где тот установил следующее. В деле «*Booth v. Maryland*» 1987 г. ВС счел, что Восьмая поправка запрещает суду присяжных в деле, допускающем вынесение смертного приговора (*capital trial*), рассматривать показания жертвы (членов ее семьи) о страданиях, причиненных преступлением (*victim impact evidence*), которые не относятся непосредственно к обстоятельствам преступления, а также показа-

¹⁸ URL: <http://law.emory.edu/faculty-and-scholarship/faculty-profiles/nash-profile.html>

¹⁹ Frederick Schauer. Op. cit. С. 60.

²⁰ Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania, 505 U.S. 833 (1992).

²¹ James Holland, Julian Webb. Learning Legal Rules: A Students' Guide to Legal Method and Reasoning (8th edn). Oxford University Press, 2013. P. 163–165.

²² Benjamin N. Cardozo. The Nature of the Judicial Process / New Haven and London: Yale University Press, 1921.

²³ Richard M. Re. Narrowing Precedent in the Supreme Court // 114 COLUM. L. REV. 1861, 1910 (2014).

²⁴ Frederick Schauer. Op. cit. P. 56.

²⁵ Richard M. Re. Op. cit.

²⁶ Ibid.

²⁷ Richard M. Re. Narrowing Supreme Court Precedent from Below // 104 Georgetown Law Journal 921 (2016).

ния родственников жертвы об их оценке преступления, подсудимого и справедливого наказания. В деле «*Payne v. Tennessee*» 1991 г. Суд счел ошибочным такое толкование Конституции и отменил его в части запрета показаний относительно личности жертвы и эмоциональной травмы, причиненной ее семье. Суд Оклахомы, рассматривая апелляцию осужденного, установил, что жюри заслушивало мнения родственников убитой относительно наказания, однако счел, что запрет на подобные действия 1987 г. был отменен ВС США в решении 1991 г. Верховный Суд же, рассматривая жалобу осужденного, пришел к выводу, что суд штата неправомочно трактовал дело *Payne* как отменившее запрет *Booth* во всех его аспектах, и указал: «отмена собственных решений — это прерогатива лишь данного Суда», «наши решения остаются обязывающим прецедентом до тех пор, пока мы не сочтем нужным пересмотреть их, независимо от того, что последующие дела поставили под сомнение их сохраняющуюся актуальность»²⁸.

В итоге, как замечает М. Ларо, действительно, «суд, принимая решение, сам определяет, существуют ли фактические отличия», и тем самым «решает, насколько обязательно применение прецедента»²⁹, однако «обязательный прецедент должен использоваться, даже если судья, рассматривающий более позднее дело, не согласен с правовым принципом, установленным при рассмотрении предыдущего дела. В отсутствие чрезвычайных обстоятельств суд обязан следовать предыдущему решению»³⁰. Таким образом, все, что говорит Л.В. Головкин в своей статье, относится скорее к убеждающему прецеденту и к доводам по аналогии. Как заметил Ф. Шауэр, судья может взять на вооружение доводы, приведенные иным судьей, и процитировать его решение по аналогии, чтобы «подтвердить источник своей информации и дать ориентир для исследования другим», но его собственная аргументация «не продиктована» существованием этого решения; напротив, следование обязывающему прецеденту вытекает из статуса этого решения и не зависит от убежденности судьи в его правильности³¹. В общем, в связанности судьи предшествующим решением, порой ошибочным и неодобряемым, состоит отличие судебной деятельности как от повседневного познания

или научного исследования, так и от законотворчества.

2. Как известно, два американских политолога в своем исследовании 1993 г. о роли убеждений (*attitudes*) в голосовании судей подвергли сомнению влияние на этот процесс правовых доводов (недвусмысленных правовых норм, законодательных намерений, *stare decisis* и балансирования ценностей) в силу их гибкости или неопределенности³². Следует оговориться сразу, что, во-первых, их исследование, вдохновленное движением правового реализма³³, касалось именно судей Верховного Суда США, во-вторых, эмпирические данные были серьезно ограничены как количественными, так и временными рамками, в-третьих, методика исследования была довольно специфической. Так или иначе, их выводы подверглись критике в более поздних работах — другие авторы, несколько изменив методику, заключили (также с оговорками), что более чем в 50% случаев члены Суда при голосовании исходили из прецедента, даже если этот прецедент противоречил их предыдущему голосованию по схожему делу, и потому нет оснований утверждать, что судьи игнорируют доктрину *stare decisis*³⁴.

В поддержку доктрины *stare decisis* в литературе также приводятся примеры «твердо установленных прецедентов» (*firmly based precedents*), пойти против которых не позволит себе ни один судья Верховного Суда, даже будучи принципиально не согласным с изложенным в них толкованием Конституции, поскольку это означало бы разрушение устоявшегося уклада жизни или сложившейся экономической системы³⁵. Хрестоматийный пример — второе дело о законном платежном средстве (*Second legal tender case*), в отношении которого государственный деятель Роберт Борк написал: «...если бы судья сегодня принял решение, что бумажные деньги неконституционны, я думаю, его следовало бы сопровождать не клерку, а опекуну». Другой пример — дело «Браун против Совета по вопросам образования» (*Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*), где было объявлено противоречащим Конституции раздельное обучение чернокожих и белых школьников и отвергнут прецедент «*Plessy v. Ferguson*»; хотя «Суд Уоррена» сам проявил в этом случае явный активизм³⁶,

²⁸ Shaun Michael Boss v. Oklahoma, 580 U. S. 2016.

²⁹ Ларо М. Соблюдение судебного прецедента — это мудрая политика // Налоговед. 2010. № 8. С. 34.

³⁰ Ларо М. Прецедентное значение судебных решений в Соединенных Штатах Америки // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2011 года. М.: Норма, 2013. С. 157.

³¹ Frederick Schauer. Op. cit. P. 39–40 и 88–91.

³² Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth. The Supreme Court and the Attitudinal Model. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

³³ Для К. Левеллина, Д. Фрэнка были характерны: признание «имманентной пробельности системы позитивного права и неопределенности позитивных норм... недоверие в целом к идее об абсолютной обязательности позитивных норм (прецедентов и норм законов)... акцент на свободе судебного усмотрения и неизбежной субъективности суда как при разрешении спора в пробельной зоне позитивного права, так и при решении вопроса о следовании прецеденту и толковании законов... на роли, которую играют соображения политики права (справедливости, общественной пользы и др.)» — Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011. 308 с.

³⁴ Brenner S., Stier M. Does stare decisis influence the justices' voting on the Supreme Court // Law & Courts Volume 18, No. 1, Winter 2008, p. 4–10.

³⁵ Ibid. P. 11–13.

³⁶ «В самом общем виде судейский активизм — это выход судьи в процессе правотворчества за рамки буквы Конституции, формулирование новых правовых позиций и активное реагирование на новые социально-экономические условия», явление, получившее распространение в 40–60-е годы XX в. благодаря ВС США под председательством Эрла Уоррена — Мишина Е.А. Из американского опыта обеспечения личной независимости судей // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 4. С. 132.

подвергнув пересмотру доктрину «разделенных, но равных» в образовании, после этого дела вопросы сегрегации ставились неоднократно (раздельное пространство на пляжах, уроках гольфа, в парках и зале суда) и едва ли могли быть разрешены иначе, чем в этом историческом постановлении.

Вместе с тем считается, что Л. Брандейс, утверждавший, что «*stare decisis* — обычно мудрая политика, поскольку в большинстве вопросов важнее, чтобы применимая норма права была установлена, чем чтобы она была установлена верно», одним из первых также заявил: гибкость в процессе пересмотра прецедентов особенно важна при рассмотрении конституционных дел³⁷. Подробное обоснование этому явлению предложил Э. Леви в своей работе: «...конституционная интерпретация не может быть столь последовательной, как развитие прецедентного права или применение статутов... изменение мышления время от времени неизбежно там, где есть писаная конституция...», суд «всегда может отбросить то, что было сказано, с тем, чтобы вернуться назад к самому письменному тексту», поскольку «основные термины, записанные в документе, являются слишком неоднозначными, идеалы слишком противоречивыми, и ни одна интерпретация не может быть определяющей»³⁸.

Следовательно, в конституционном правосудии, осуществляемом в лице Верховного Суда США посредством истолкования или дисквалификации норм, противоречащих федеральной Конституции, прием сужения имеет особое обоснование³⁹. Во-первых, если ВС США обладает свободой отвергнуть свое более раннее решение как ошибочное (хотя и более раннее и последующее решения одинаково легитимны, фактор времени дает преимущество в виде большего опыта), он также вправе ограничительно истолковать созданный им прецедент, тем не менее оставив его формально действующим на будущее. Во-вторых, в противоположность множеству решений нижестоящих судов, решения ВС США в силу своего места в иерархии (иногда говорят, что он «имеет больший доступ к тому, что считать юридически верным») оказывают воздействие на всю страну, их число относительно невелико, и пересмотр сферы действия прецедента не влечет такой фрагментации правовой доктрины и угрозы доверию к правопорядку. В-третьих, ВС должен быть верен не только своим прежним решениям, но, в особой степени, Конституции, а также федеральным законам и иным первичным источникам права (известное изречение Уильяма О. Дугласа звучит примерно так: судья должен помнить, что «именно Конституцию он клялся поддерживать и за-

щищать, а не тот лоск, который его предшественник мог придать ей», — почти то же самое заявил и Ф. Франкуртер в деле «*Graves v. New York*»).

В основе техники различий или «дифференцирования» (приема сужения) лежит именно определение аналогичности между делами, предполагающее оценку сходства фактов в настоящем деле и фактов, имевших место в одном или нескольких прецедентных решениях⁴⁰. Можно отчасти согласиться с тем, что аргументы по аналогии особенно востребованы в следующих целях: когда факты нового дела не подпадают в сферу *ratio* прецедента — чтобы распространить на него прежний вывод, или когда факты нового дела попадают в сферу *ratio* прецедента — чтобы сделать отличный вывод. Следовательно, если неразличимый (*indistinguishable*) прецедент должен применяться судом (и он не вправе преодолеть его, как ВС США), то аргумент по аналогии имеет различную силу не только в зависимости от авторитета убеждающего прецедента (будь то решение суда другой юрисдикции, акт нижестоящего суда, особое мнение судьи), но и в зависимости от того, насколько сходство близкое и конкретное или же отдаленное и абстрактное — в последнем случае, строго говоря, такая аналогия не связывает суд⁴¹. Это, видимо, объясняет, почему при проверке эмпирическим путем оказалась ложной теоретически привлекательная гипотеза о том, что чем более широкое правило (*rule of relevance* у Ф. Шауэра или «критерий эквивалентности» у Л. Корнахаузера) устанавливает Суд (чем шире определяет класс потенциально аналогичных явлений), тем потом чаще он строго следует установленному им правилу (*positive treatment*)⁴². Это, вероятно, было бы именно так, если бы не существовало техники дифференцирования, приема сужения или возможности преодоления прецедента (*negative treatment*).

Приведенный в качестве эпиграфа фрагмент об обращении судей к «седым прецедентам» из сатирического романа ирландского писателя имеет следующее примечательное продолжение: «При разборе тяжб они тщательно избегают входить в существо дела; зато кричат, горячатся и говорят до изнеможения, останавливаясь на обстоятельствах, не имеющих к делу никакого отношения... они никогда не выразят желания узнать, какое право имеет мой противник на мою корову и какие доказательства этого права он может представить; но проявят величайший интерес к тому, рыжая ли корова или черная; длинные у нее рога или короткие; круглое ли то поле, на котором она паслась, или четырехугольное...» Это ироничное описание наглядно контрастирует с тем, что в действительности предполагает техника различий. Л. Уайнреб

³⁷ Берлявский Л.Г. Луис Брандайс и развитие конституционного права Соединенных Штатов Америки : монография / отв. ред. Е.В. Колесников. М. : Юрлитинформ, 2016. С. 133.

³⁸ Edward Hirsch Levi. Op. cit. P. 541 и др.

³⁹ Здесь и далее см.: Richard M. Re. Narrowing Precedent in the Supreme Court.

⁴⁰ Богдановская И.Ю. Судебный прецедент... P. 20.

⁴¹ URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>

⁴² Hazelton M., Hinkle R., Spriggs II J. Does Analogical Reasoning Constrain the U.S. Supreme Court // Paper prepared for The Conference on Institutions and Law Making, Emory University, February 25–26. 2011.

и Ф. Шауэр, как и ранее Р. Кросс, У. Бернам и другие ученые-юристы, демонстрируют, что в основе этого процесса лежит поиск релевантных (существенных) сходств и различий между двумя делами, а наибольшая сложность состоит в установлении того, какие из них наиболее релевантны или существенны; напротив, эксплуатация любых различий, очевидно нерелевантных и несущественных, с единственной целью отринуть прецедент, не рассматривается в науке и практике как приемлемая.

В качестве ставшего уже классическим примера роли аналогии в судебной практике США исследователи⁴³ приводят дело «*Adams v. New Jersey Steamboat Company*», основной вопрос в котором состоит в том, несет ли ответственность владелец парохода за кражу денежных средств из запертой каюты пассажира. Суду предстояло решить, действует ли в этом случае скорее правило в отношении владельцев открытых спальных купе в железнодорожных вагонах или же владельцев комнаты в гостинице, несущих ответственность за кражу из номера. Суд склонился ко второму варианту, сочтя данное правило более применимым. Это позволило сторонникам аналогического обоснования (Л. Уайнреб) утверждать, что суд мыслил аналогически, от одной частности к другой (пароход — это «плавающий отель»), не выходя на преждевременные обобщения (которые затрагивали бы и ночной автобус, и дилижанс, и т.п.), а скептикам (С. Брюер) — что он имел в виду некоторое правило общего характера («когда одно лицо оказывает большое доверие другому в условиях угрозы кражи, последний несет ответственность за ущерб»), а аналогия ничего не прибавляет к этому правилу. Хотя Ф. Шауэр заметил, что это спор о том, как люди мыслят вообще, в науке или в повседневной жизни (способны ли они извлекать выводы из сравнения частностей, не делая общих построений), и в этом споре едва ли есть победители⁴⁴, нам кажется, что последующее изложение поможет внести некоторую ясность в этот вопрос.

Судебный минимализм К. Санстейна и аналогия

1. В трудах Касса Роберта Санстейна — отечественным юристам знакомого преимущественно критикой концепции позитивных конституционных прав и работами, посвященными Первой поправке к Конституции США, — значительное место занимают судебная аргументация и ценность аналогии. Видную роль в работах американского ученого играет его идея «судебного минимализма» (*judicial minimalism*). Вряд ли следует упрощать эту концепцию Санстейна, как это делают некоторые отечественные исследователи, утверждая: «...кри-

терием минимализма этот автор считает незначительное (по сравнению с предыдущими этапами) количество актов исполнительной и законодательной власти, признанных противоречащими Конституции»⁴⁵. Ясно, что число дисквалифицированных судом актов не является только показателем некоей особой судебной тактики или методологии принятия решений. Минимализм, как кажется, — характеристика скорее качественного, а не количественного свойства. Сам автор дает несколько образных определений этому явлению и приводит ряд примеров: «минималисты предпочитают скромные шаги, нежели амбициозные»; они предпочитают подход узкий (*narrow*) — «суд может разумно решить, что сегрегация по признаку пола неприемлема в одной сфере, не утверждая при этом, что такая сегрегация является неприемлемой и в остальных сферах», и поверхностный (*shallow*) — что «дискриминация по признаку пола “сходна” с дискриминацией по признаку расы», не вступая в обсуждение «общей теории о том, когда дискриминация неприемлема»⁴⁶.

«Никто не одобрит решение, действие которого было бы ограничено лишь лицами с теми же фамилиями или инициалами, что и у сторон спора, рассматриваемого Судом» (такое решение не создает никакого правила поведения) — тем не менее, продолжает Санстейн, «среди приемлемых альтернатив минималисты демонстрируют устойчивую приверженность к более поверхностным и узким вариантам, особенно по делам, находящимся на переднем крае конституционного права. В таких делах минималисты опасаются, что судьи не располагают достаточной информацией; они не могут вполне предвидеть все множество ситуаций, к которым широкое правило может быть применимо... Они не доверяют широте и глубине, поскольку находят, что судьи часто находятся в неудобном положении, чтобы занимать теоретически спорную позицию»⁴⁷. Следует оговорить, что ученый далеко не единственным и, вероятно, не первым обратил внимание на эту дилемму. У. Бернам в своем фундаментальном труде замечательно точно подмечал проблему: «...опасность широких формулировок резolutивных 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»⁴⁸.

Впрочем, заслуга Санстейна в том, что он идет несколько дальше простой констатации (несмотря на обвинение в том, что «какой стандарт обуславливает, должен ли судья последовать минимализму

⁴³ Lloyd L. Weinreb. *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge University Press, 2005. P. 41 и далее. Интересна иллюстрация на обложке книги, изображающая весы, которые на разных чашах взвешивают пароход и отель.

⁴⁴ Frederick Schauer. *Op. cit.* P. 99.

⁴⁵ Сафонов В.Н., Сергеева С.Л. Конституционная легитимация социально-экономических прав в правотворческой деятельности Верховного Суда США // *Гражданское право*. 2012. № 4. С. 45–48.

⁴⁶ Cass R. Sunstein. *Beyond Judicial Minimalism* // 43 *TULSAL. REV.* 825 (2008). P. 2, 9, 13.

⁴⁷ Cass R. Sunstein. *Beyond Judicial Minimalism*. P. 4.

⁴⁸ Бернам У. *Правовая система США*. М.: Новая юстиция, 2006. С. 146–147.

в конкретном деле или нет... минимализм не говорит ему»⁴⁹). Он, в частности, предлагает ориентиры, руководствуясь которыми суд, рассматривающий глобальный конституционно-правовой спор, может занять ту или иную стратегию: наличие уже имеющегося значительного опыта суда в отношении поставленной проблемы и частота, с которой эта проблема ставилась перед судом в предшествующий период времени⁵⁰ (можно добавить, вероятность возникновения аналогичных споров в будущем). Полемизируя с Антонином Скалиа, утверждавшим, что «ясный, общий принцип решения» ведет к большему единообразию и предсказуемости права, Санстейн все же заключает, что минимализм «не является подходом для всех времен и сезонов»⁵¹.

Примером оправданного отступления Верховного Суда США от принципа минимализма автор называет известное решение «Миранда против Аризоны» 1966 г., где тот счел, что показания, в частности самоинкриминирующие, могут быть использованы в суде, только если сторона обвинения сможет доказать, что подозреваемый перед допросом был информирован о праве на адвоката и праве не свидетельствовать против себя⁵². Он объясняет такой «необычайно широкий шаг» тем, что разрешить проблему добровольных показаний методом «от случая к случаю» (*on case-by-case basis*) было бы очень проблематично, и в интересах ясности и предсказуемости широкое правило было сочтено предпочтительным. С точки зрения философского понимания «добровольности» это может приводить к тому, что некоторые признания, следующие за предупреждением Миранды, — в действительности принудительны, тогда как некоторые, не сопровождавшиеся этим предупреждением, оказываются добровольными; достаточно ли этого, чтобы отвергнуть его? — Нет, поскольку это правило, возможно, лучшее средство обеспечить и высокую вероятность добровольности показаний, и эффективность судопроизводства⁵³.

Судья Харлан же назвал это решение «поспешно принятым» «решительным и односторонним актом», повторив фразу Р. Джексона о том, что «Суд заполняет храм Конституции новыми историями, но храм может рухнуть под их тяжестью». Судья Кларк также счел, что Суд зашел «слишком далеко и слишком быстро», и высказался в пользу подробного анализа всех аспектов получения признания (*totality of the circumstances test*), заметив при этом: «...я голосовал против в деле Миранды, но я связан им сейчас, как и все мы связаны». Важно то, что, несмотря на волну критики этого решения, Суд впоследствии ни разу прямо не отказался от этого прецедента (и вряд ли когда-либо откажет-

ся), однако счел возможным, сохранив его «ядро», сформулировать ряд заметных исключений. Так, в деле «Oregon v. Elstad» 1985 г. Суд подчеркнул свою «приверженность этому принципу, допускающему узкое исключение только в связи с насущной необходимостью общественной безопасности», и указал, что хотя первоначальные показания лица (сделанные им в его доме) не предварялись «предупреждением Миранды», в случае если впоследствии после надлежащего предупреждения (в полицейском участке) лицо также дало показания, избобличающие его, необходимо установить, в свете обстоятельств всего дела и поведения полиции в целом, были ли эти показания добровольными и потому допустимыми⁵⁴.

Идея минимализма у автора тесно связана с понятием «не полностью теоретизированные соглашения» (*incompletely theorized agreements*). «Согласие в деталях является не полностью теоретизированным в том смысле, что соответствующие участники приемлют практику или результат, притом что между ними отсутствует согласие в отношении наиболее общей теории, которая их объясняет». Так общее понимание (порой интуитивное) необходимости защищать свободу выражения религиозных убеждений одними может объясняться поддержанием общественного согласия, другими — принципами равенства и человеческого достоинства, третьими — соображениями утилитаризма, четвертыми — религиозными установками. Основное объяснение необходимости существования таких точек соприкосновения и ограждения их от попыток пересмотра в конституционном праве автор видит в трудности поддержания стабильности и согласия в обществе, представляющем разные взгляды по противоречивым проблемам морали и права, но подчас сходящемся в осознании общих ценностей и благ повседневной жизни⁵⁵.

В этом же русле находятся рассуждения автора о правовых принципах (теориях) разного уровня, применяемых судом при принятии решений. Например, «принципом высокого уровня» (*high-level principle*) можно считать абстрактную формулу «свобода выражения мнения» (иногда используется термин *first principle*); правило, обладающее большей степенью конкретности (представители некоторого движения вправе проводить шествие на некоей территории), в таком случае именуется «принципом низкого уровня» (*low-level principle*); промежуточное положение, по логике автора, занимает концепция «ясной и реальной угрозы», исходящей от высказывания, — «принцип среднего уровня» (*mid-level principle*)⁵⁶. И хотя, как признает автор, «не существует алгоритма, с помощью которого можно было бы различать между собою

⁴⁹ Tara Smith. *Judicial review in an objective legal system*. Cambridge University Press, 2015. P. 206.

⁵⁰ Cass R. Sunstein. *Beyond Judicial Minimalism*. P. 15.

⁵¹ Cass R. Sunstein. *Unanimity and Disagreement on the Supreme Court*, 100 *Cornell L. Rev.* 769 (2015). P. 813–814.

⁵² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁵³ Cass R. Sunstein. *Political Conflict and Legal Agreement*. The Tanner Lectures on Human Values. Harvard University, 1994. P. 175.

⁵⁴ *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

⁵⁵ Cass R. Sunstein. *Incompletely theorized agreements in constitutional law // 74 Social Research* 1 (2007). P. 1–3.

⁵⁶ *Ibid.* P. 12.

теорию высокого уровня и теорию, работающую на промежуточном или нижнем уровне»⁵⁷, эта условная схема дает некоторое представление о судебной аргументации и, возможно, о разновидностях того, что именуют правовыми позициями в конституционном правосудии.

2. Обращаясь далее к проблеме аналогии (действующей на уровне принципов низшего и среднего уровня и играющей значительную роль в стратегии минимализма), Санстейн, как и Л. Уайнреб, признает довод Р. Познера: «...в рядовых дискуссиях на политические или правовые вопросы люди рассуждают не ссылаясь на высшие принципы или амбициозные теории, а аналогически» — «...в то же самое время, рассуждающие аналогически люди не могут просто обосновать одну частность ссылкой на другую частность, не утверждая нечто хотя бы немного абстрактное. Они должны привлечь основание в виде принципа или политики, в том смысле, что дело “А” было разрешено именно по этому основанию, и должны заявить, что это основание применяется или не применяется в деле “Б”», и потому «аналогическое обоснование в действительности является формой дедукции»⁵⁸ (похожую позицию занимает С. Брюер).

В контексте сказанного ученый оценил и появившиеся в 1990-х годах компьютерные технологии (программу *HYPO*, созданную для разрешения дел о коммерческой тайне), которые позволяют «выстроить ряд аналогичных дел; сообщить, в чем они сходны и в чем могут быть различимы; ранжировать их по степени схожести; и даже предложить доводы, как ответить на аргумент о том, что предложенные дела отличны от рассматриваемого». Он заметил, что искусственный интеллект не способен к аналогическим суждениям в полном смысле, поскольку лишь способен обнаруживать и подсчитывать сходства и различия, притом не всегда релевантные, и не способен делать ценностные суждения, а значит, не в состоянии устанавливать «нормативные принципы», которые действительно сближают или отличают два дела, и тем более выбирать из нескольких возможных принципов наилучшим образом объясняющий сходство⁵⁹. Имея в виду сказанное, следует оценивать и любые рубрикаторы судебных актов (базы правовых позиций конституционного суда), которые служат удобным источником информации, но не могут автоматически указать на то, как должно быть разрешено дело.

Автор также призывает отделять от аналогического мышления «ложное классифицирование», являющее собой пример «плохого формализма», когда выискиваются формальные сходства, игнорируются существенные различия, и затем провозглашается исход дела (например, передача за плату

родителям новорожденного, произведенного на свет по договору суррогатного материнства, рассматривается как торговля детьми, запрещенная уголовным законом, без учета целей, на которые этот запрет направлен, и которые отсутствуют в случае вспомогательной репродуктивной технологии); «чтобы установить, применим ли прецедент или статут в определенном контексте, мы должны выработать некоторые принципы, отделяющие дела, которые охватываются ими, от дел, которые не охватываются»⁶⁰. Тем не менее Санстейн, как и Уайнреб, признает самодостаточность и ценность аналогического способа правового обоснования, не низводит его до «риторического приема» и не отождествляет с метафорой. В своей основной работе, посвященной аналогической аргументации, он приводит ряд положений, которые сформулированы им в ответ на приводимые им же возможные упреки в адрес аналогической аргументации в сравнении с иными формами обоснования — рефлексивного равновесия (*reflective equilibrium*) Дж. Роулза, экономического анализа права Р. Познера, классифицирования.

Ответы Санстейна могут быть концентрированно выражены в следующем⁶¹.

1. Названные принципы (рациональные основания аналогии) «генерируются и проверяются через сопоставление различных дел», а без аналогии «релевантные принципы часто не могут быть описаны заранее кроме как на неинформативно высоком и грубом уровне общности» — в этом смысле аналогии не являются «лестницей, которая может быть отброшена в сторону, как только мы достигли вершины», а скорее «важным фундаментом». Действительно, как заметил Уайнреб, если суд формулирует общий принцип («владелец транспортного средства отвечает за кражу у пассажира»), сам по себе он может быть слишком широк, чтобы понять *holding* решения, и без обращения к аналогии его действительная сфера остается не ясна⁶².

2. Довод, который приводился при описании неполного теоретизирования: «...иногда чрезмерно трудно заставить людей согласиться относительно общих принципов, которые объясняют их решения; но может быть возможно достичь согласия по конкретным решениям или принципам низшего уровня»; поэтому «аналогическое мышление производит принципы, функционирующие на низшем или среднем уровне абстракции» «без явной опоры на... том, что есть истина или благо».

3. «Аналогическое обоснование в праве имеет дело с прецедентами, которые признаются оправданными точками [*fixed points*], т.е. решениями, обладающими большой степенью общественного одобрения (как *Brown v. Board of Education*)⁶³; и в этом

⁵⁷ Ibid. P. 11.

⁵⁸ Ibid. P. 8–9.

⁵⁹ Cass R. Sunstein. Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning // University of Chicago Law School Roundtable, Vol. 8, (2001). P. 4–5, 7.

⁶⁰ Cass R. Sunstein. Political Conflict and Legal Agreement. P. 163 и 178.

⁶¹ Cass R. Sunstein. On Analogical Reasoning, Commentary // 106 Harvard Law Review, 1993. Особенно p. 782 и ранее.

⁶² Lloyd L. Weinreb. Op. cit. P. 66.

⁶³ Cass R. Sunstein. Political Conflict and Legal Agreement. P. 174.

смысле принцип «следовать решенному» «привносит долю стабильности и предсказуемости», так как «люди, которые не согласны с конкретными решениями, обычно согласны в том, что те должны уважаться»; аналогия призвана обеспечить когерентность (согласованность) судебных решений, которая только и может выступать критерием их правильности, справедливости, поскольку иного объективного критерия не существует (Р. Дворкин).

4. В то же время «аналогическая аргументация обладает важным достоинством, предполагающим большую степень открытости новым фактам и перспективам»; «иногда обоснование по аналогии помогает обнаруживать ошибки. Ссылка на другие дела помогает нам показать, что наши исходные решения несовместимы с тем, что мы действительно думаем».

5. Довод, особенно применимый к практической юриспруденции: «...обоснование по аналогии может быть наилучшим подходом, доступным для лиц, находящихся в положении ограниченных времени и ресурсов». Кстати, еще Б. Кардозо отмечал, что «труд судей возрос бы практически до предельной точки, если бы каждое прежнее решение могло быть пересмотрено в любом новом деле...» (почти дословно этот тезис повторил Э. Леви) — странно, что этот почти «экономический» аргумент не признает Познер.

Наконец, Санстейн сделал предположение, что «аналогическое обоснование имеет решающее значение в конституционных спорах», поскольку конституционное право часто строится на аналогиях, а не на текстах, исторических материалах, моральных императивах или общественном кон-

сенсусе. Принципы высокого уровня вроде доктрины «равной защиты» в силу своей абстрактности должны быть конкретизированы, чтобы стать применимыми на практике; кроме того, судьи предпочитают избегать наиболее обширных и спорных утверждений из области морали и политики, «что является ключевым элементом этики конституционного правосудия»⁶⁴. Сам автор признает этот тезис дискуссионным; он, впрочем, ценен тем, что позволяет заключить: обращение к аналогии как приему аргументации, действительно, не предопределено только лишь жестким следованием обязывающему прецеденту.

В итоге квинтэссенция идей Санстейна такова: принятию конкретных решений по конституционным спорам не обязательно должно предшествовать выстраивание всеобъемлющих теорий (установление первых принципов) — перспективным может быть движение от частных к частностям посредством аналогии. Это не вполне совпадает с афоризмом О.У. Холмса о том, что суд «прежде разрешает дело, а затем устанавливает принцип»⁶⁵. Санстейн подчеркнул, что разрешить спор, не имея в уме некоторого рода принцип, невозможно, — другое дело, что эти принципы «формируются из деталей, а не налагаются на них сверху» (*bottom-up*)⁶⁶. По-видимому, ученому несколько ближе Б. Кардозо, который в своем выдающемся труде написал, что общему праву не свойственны заранее установленные универсальные истины, из которых заключения выводились бы дедуктивным путем: «его метод является индуктивным и оно черпает свои обобщения из частных»⁶⁷.

Продолжение в следующем номере.

⁶⁴ Cass R. Sunstein. Political Conflict and Legal Agreement. С. 171.

⁶⁵ Lloyd L. Weinreb. Op. cit. 115.

⁶⁶ Cass R. Sunstein. Political Conflict and Legal Agreement. P. 164.

⁶⁷ Benjamin N. Cardozo. Op. cit.