

Аргументация по аналогии в европейском праве*

Катя Лангенбухер*

Cambridge Law Journal, 57(3), November 1998, pp. 481-521

АРГУМЕНТАЦИЯ по аналогии – один из старейших методов принятия решений¹. В случаях, когда сходство между двумя ситуациями побуждает нас решить одно дело подобно другому, говорят об аналогии. Кроме того, аргументация по аналогии является неотъемлемой частью юридического рассуждения. Можно утверждать, что каждая правовая традиция использует некоторый вариант аналогии для обоснования судебных решений. Европейское право только еще начинает развивать свою собственную юриспруденцию. До тех пор, пока различные судебные системы, присутствующие в Европейском Союзе, борются за признание своего правового наследия, методология использования аргументации по аналогии на общеевропейском уровне, скорее всего, будет сочетать различные подходы.

Далее будут обоснованы две закономерности в использовании аргументации по аналогии в европейском праве: одна закономерность – типично континентального права, другая – общего права. В то время как в континентальном праве рассуждение по аналогии представляет собой инструмент для восполнения пробелов в законе, в общем праве оно рассматривается как технология применения *ratio decidendi* прецедента в новом деле. Основная цель статьи заключается в рассмотрении нормативных основ для применения аналогии в европейском праве, сочетающего в себе аспекты обеих правовых систем. Статья разделена на три части. В части I описывается применение аналогии в рамках континентального и общего права с целью показать фон, на котором развивается европейское право. В части II устанавливается, что общего имеют две правовые традиции и чем они отличаются. В части III рассматриваются нормативные основы некоторых решений Европейского Суда Справедливости.

I. Аргументация по аналогии в континентальном и общем праве: общие основы

Когда судьи общего и континентального права используют термин «аналогия», каждый из них ссылается на различные методы обоснования решений в соответствии со своими традициями. Я называю это «стандартным делом». Кроме того, есть способ рассуждения, основанный на аналогии, если смотреть с точки зрения логики, но обычно не принятый в соответствующей правовой традиции. Я называю это «исключением». Эти категории будут рассмотрены по очереди.

A. Стандартное дело

1. Рассуждение по аналогии: стандартное дело континентального права

В континентальной традиции основная концепция рассуждения по аналогии проистекает из убеждения, что законы вводятся в действие для полной регламентации всех юридических вопросов в области права, охватываемой законом. Это предполагает, что законодатель предусмотрел достаточное количество ситуаций и ввел в действие соответствующие нормы. Тем не менее, даже самый усердный парламент неизбежно оставляет в законе пробелы. Рассуждение

* Статья доктора права Университета Людвиг-Максимилиана в Мюнхене Katja Langenbuecher «Argument by analogy in european law» была опубликована в журнале Cambridge Law Journal, 57(3), November 1998, pp. 481-521. Перевод выполнен к.ю.н., доцентом кафедры коммерческого, предпринимательского и финансового права Юридического института Сибирского федерального университета А.В. Деминым.

* Доктор права (Мюнхен). Член профессорско-преподавательского состава Университета Людвиг-Максимилиана в Мюнхене: «Я глубоко признательна г-ну Тони Вейр за его очень полезные комментарии по этой статье».

¹ Сравн.: Aristotle, Rhetorica I 1357b, 25 et seq. «paradeigma»; термин «аналогия» Аристотель относит к вопросам математических пропорций и только ... Теофраст аналогией называет то, что мы именуем рассуждением по аналогии, см.: Historisches Worterbuch der Philosophie, Ritter (ed.) (Basle 1995) «Analogie», p. 215.

по аналогии – инструмент для восполнения этих пробелов. Вопрос, не урегулированный законом, решается по аналогии с сопоставимым вопросом, для которого закон содержит необходимое решение². Важно отметить, что традиция континентального права рассматривает аналогию закона не как узурпацию «законодательной власти»³ сверхактивными судами, но, напротив, как последовательное соблюдение *volonte generale* [общей воли – А.Д.]. Принцип равного правового обращения [equal treatment – А.Д.] в сочетании с верховенством закона дают основания для такого подхода. Если два похожих дела должны рассматриваться сходным образом, и законодательная власть установила норму о том, как относиться к одному из них, то из этого следует, что другое дело требует подобного же разрешения⁴.

Таким образом, рассуждение по аналогии в континентальной традиции находится на границе толкования закона. Оно идет на шаг дальше телеологического толкования, поскольку открыто распространяет действующие нормы на случаи, не урегулированные законодателем⁵. Тем не менее, оно все еще является частью толкования, поскольку здесь применяются правовые принципы, заложенные в законе, а не извлечения их из других источников. Применение аналогии предполагает три этапа. Во-первых, судья должен показать, что в законе существует пробел. Во-вторых, должно отсутствовать какие-либо конституционные ограничения на применение аналогии. Наконец, судья должен установить существенное сходство между его делом и сферой действия первичной нормы.

Наличие пробела – квалифицированное молчание [the negative-answer question – А.Д.]. В соответствии с традицией континентального права пробел – это не просто правовой вакуум, создаваемый новым делом и не урегулированным законом⁶. Помимо новизны дела должно быть показано, что новый случай охватывается целью закона, и для него требуется отдельное решение. Другими словами, поскольку судья не может вторгаться в сферу законодательства, он должен установить, что законодатель не намеревался исключить эту ситуацию из сферы законодательного регулирования. Я называю это «квалифицированным молчанием»: часто отсутствие нормы, непосредственно применимой к новому делу, не означает наличия пробела, но предполагает, что искомое средство правовой защиты вообще не доступно.

Есть, конечно, некоторые дела, в которых *casus omissus* [непредвиденный случай – А.Д.] автоматически приводит к выводу, что некоторая категория дел достаточным образом не регламентирована законодателем и может быть восполнена судами. Примером может служить § 904 Германского Гражданского Уложения (ГГУ), который предписывает, что «собственник вещи не вправе запретить другому лицу воздействовать на эту вещь, если такое воздействие необходимо для предотвращения реальной опасности и предполагаемый вред существенно превышает вред, нанесенный собственнику вследствие воздействия на вещь»⁷. Если, например, бешеная собака угрожает напасть на S, то для отпора собаке ему разрешается использовать новую клюшку для гольфа, принадлежащую клубу O. Часть вторая § 904 ГГУ предусматривает, что «собственник может потребовать возмещения причиненных ему убытков». Тем не менее, она не указывает, от кого можно требовать возмещения? В нашем примере очевидно, что если S повредит клюшку для гольфа, принадлежащую клубу O, то именно S использует указанный предмет для отражения опасности и, следовательно, именно он несет ответственность за ущерб, причиненный клубу O. Но что, если S использует вещь O, чтобы спасти кого-то другого, например T? § 904 не устанавливает, S или T должен возместить убытки O. Здесь возможны различные варианты. Разумеется, судье в любом случае придется высказать свое мнение о том, кто несет ответственность и, следовательно, он должен разработать решение на основе других принципов права собственности. Его полномочие в этом вопросе неоспоримо.

² Klug, *Juristische Logik*, 4th ed. (Berlin, Heidelberg & N.Y 1982), pp. 109-110; Dernburg, *Pandekten*, 7th ed. (Berlin 1902), p. 83; Windscheid & Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9th ed. (Frankfurt 1906), pp. 98-110; Perlingieri, *Codice Civile Annotato*, vol. 1 (Turin 1981), art. 12 p. 96.

³ Lord Simonds, *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Corporation* [1951] 2 K.B.D. 839; see also: Easterbrook, «Statutes' Domains» (1983) 50 U.Chi.L.Rev. 533, at p. 544; cf. for the opposite view art. 12 para. 2 of the Italian *Codice Civile*.

⁴ Тем самым критика чисто формального характера принципа равного обращения здесь не применима. Benditt «The rule of precedent», в кн.: Goldstein (ed.), *Precedent in law* (Oxford 1987), p. 89, at p. 90; Burton, «Comment on 'Empty Ideas': Logical Positivist Analyses of Equality and Rules» (1982) 91 Yale L.J. 1136, at p. 1147.

⁵ Carbonnier, *Droit civil*, 22nd ed. (Paris 1995), p. 247; Cornu, *Droit civil*, 2nd ed. (Paris 1977), p. 159.

⁶ Larenz & Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3rd ed. (Heidelberg 1995), p. 196; Pavcnik, «Why discuss gaps in the law?» (1996) 9 Ratio Juris 72, at pp. 79-83.

⁷ Этот пример взят из Larenz & Canaris, *Methodenlehre* (n. 6 above), p. 193 and Canaris, *Die Feststellung von Lucken im Gesetz*, 2nd ed. (Berlin 1983), pp. 74-75; see also: Zippelius, *Juristische Methodenlehre* (Munich 1994), p. 58.

Однако многие другие дела показывают, что *пробел* не обязательно гарантирует законность *судебного* решения. Напротив, истцу может быть отказано в иске или ответчику в средствах защиты. Я проиллюстрирую это примером из континентального права⁸. ГГУ позволяет претендовать на возмещение ущерба из деликта, если причинен вред «жизни, телесной неприкосновенности, здоровью, свободе, собственности или иному праву другого лица» (п. 1 § 823 ГГУ). Даже если «иное право другого лица» изначально не охватывало общее право на неприкосновенность частной жизни, Немецкий Федеральный Суд (BGB) истолковал это положение широко и допустил возможность защиты неприкосновенности частной жизни в соответствии с п. 1 § 823 ГГУ⁹. Результат такого решения дает материал для цели наших рассуждений. § 847 ГГУ позволяет компенсировать ущерб за причиненные боль и страдания посредством деликтных исков исключительно в случае «причинения телесных повреждений или вреда здоровью, а также в случае лишения свободы». Очевидно, право на неприкосновенность частной жизни в эти категории не попадает. Кроме того, § 253 ГГУ предписывает, что, как правило, возмещение неимущественного вреда в денежной форме может быть истребовано лишь в предусмотренных законом случаях – это, прежде всего, причинение телесных повреждений. Представьте теперь истца Р, бизнесмена, который обнаруживает в рекламе сексуального тоника свою фотографию на коне, тайно снятую во время выступления¹⁰. Не потерпев морального вреда, Р подает в суд на компенсацию за боль и страдания. Дело явно не охватывается нормой Уложения. Напротив, на первый взгляд Уложение содержит квалифицированное молчание. § 847 ГГУ не позволяет требовать компенсации в данном случае. § 253 ГГУ подтверждает это квалифицированное молчание, оговаривая, что такая компенсация не может быть истребована за исключением случаев, прямо предусмотренных законом. Несмотря на это, в конечном итоге Суд не признал квалифицированное молчание закона¹¹. Суд постановил, что для данной категории дел последовательное толкование Уложения и Конституции Германии требуют компенсации за моральный вред. Основной аргумент в пользу этой позиции – большое значение, которое придается «эффективной» защите человеческого достоинства и личной свободе статьями 1 и 2 Основного закона Германии¹². Важность этих прав на конституционном уровне позволила широко истолковать ГГУ, поскольку полное отрицание компенсации за моральный ущерб было бы несправедливым с позиции конституционных стандартов. Следовательно, § 253 ГГУ был интерпретирован не в контексте квалифицированного молчания законодателя, но лишь в том плане, что нематериальный вред не должен возмещаться лишь по общему правилу. В то же время допустимы исключения для случаев, когда существует тесная аналогия с нормами, устанавливающими возмещение за причинение нематериального вреда¹³, или когда такого возмещения требуют конституционно значимые ценности¹⁴.

Эти примеры показывают: факт того, что новое дело не охватывается нормой закона, сам по себе еще не влечет за собой вывод о существовании пробела. Иногда очевидно, что явный *casus omissus* [*непредусмотренный случай* – *A.B.*] требует судебного разрешения. Однако чаще всего квалифицированное молчание закона запрещает выработку судом новых правовых норм. В основе квалифицированного молчания лежит принцип разделения властей¹⁵. Если законодателем принят закон, предназначенный для исчерпывающей регламентации определенной правовой сферы, судебная система не может «изменить» этот закон посредством судебного правосотворчества. Говоря проще: судьи лишены возможности законодательствовать под предлогом обнаружения пробелов, которые необходимо восполнить. Именно этот вопрос решается, когда устанавливается наличие пробела. Судья решает свою задачу путем обращения к тексту соответствующих законодательных положений, подготовительным законопроектным материалам, целям, обусловившим принятие закона, и, наконец, к конституционным ценностям более высокого порядка. Существование пробела подтверждается только там, где можно убедительно по-

⁸ Cf. Larenz & Canaris, *Methodenlehre* (n. 6 above), pp. 247-250.

⁹ BGHZ 13, 334; cf. Zweigert & Kotz, *Introduction to Comparative Law* (Oxford 1992), p. 730.

¹⁰ These were the facts of BGHZ 26, 394.

¹¹ Confirmed in BVerfGE 34, 269.

¹² В частности, в свете событий 1933-1945 гг., см.: Zweigert & Kotz, *op.cit.* (n. 9 above), pp. 729-730.

¹³ This was the solution initially proposed by the BGH in BGHZ 26, 349, at pp. 355-358; it is still held to be correct by Larenz & Canaris, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 13th ed. (Munich 1995), pp. 494-495.

¹⁴ This is the current justification of the BGH, cf. BGHZ 35, 363, at pp. 367-368 and BGHZ 128, 1, at pp. 14-16.

¹⁵ Об английском конституционном праве см.: Varendt, «Separation of Powers and Constitutional Government» [1996] *Public Law* 599, at pp. 601-603.

казать, что законодатель не намеревался использовать квалифицированное молчание, но это правильная интерпретация закона разрешается в процессе принятия судебного решения.

Конституционные ограничения на рассуждения по аналогии. Соотношение между верховенством парламента и судебной активностью будет яснее при рассмотрении дополнительных ограничений на аргументацию по аналогии, которые вытекают из принципа разделения властей. В то время как квалифицированное молчание предполагает ответ на вопрос о том, содержится ли в законе запрет аргументации по аналогии в результате «внутреннего» молчания закона, конституция может запретить рассуждения по аналогии «сверху». С конституционной точки зрения, аргументация по аналогии, которая по сути дела возможна, тем не менее может нарушать основные права более высокого порядка. Так, например, в законодательстве Германии рассуждения по аналогии незаконны в двух случаях. Они являются примерами такого действия государства, которое нарушает основные права. Нарушение принципа *nulla poena sine lege* – первый случай, противоречие с принципом верховенства права – второй.

Пункт 2 ст. 103 Основного закона Германии¹⁶ и § 1 Уголовного кодекса Германии закрепляют принцип *nulla poena sine lege*, в соответствии с которым лицо может быть наказано, только если его поведение запрещено законодательством, уже действовавшим в то время. Из этого следует, что ни один судья не может законно распространять положение уголовного законодательства по аналогии на сходное дело¹⁷. Это ограничение на рассуждения по аналогии можно пояснить следующим примером. Уголовный кодекс Германии запрещает кражу, устанавливая в п. 1 § 242, что «тот, кто отнимает чужие вещи», будет наказан в соответствии с положениями, следующими далее. Будут ли обвиняемые, которые незаконно отвели электроэнергию от электростанции, виновны в краже? Ни один судья не может быть уверен, что электричество признавалось «вещью» в соответствии с § 242¹⁸. Вместо этого можно было бы провести аналогию с § 242, опираясь на кажущееся сходство между электричеством и телесными объектами. Однако со стороны суда это означало бы незаконное создание нового состава преступления, то есть нарушило бы принцип *nulla poena sine lege*, и потому было судами отвергнуто¹⁹.

Пункт 3 статьи 20 Основного закона Германии тесно связан с запретом аналогии в уголовном праве. Согласно общему принципу, для ограничения основных прав человека государством требуется прямое указание закона²⁰. В конечном счете, этот принцип основан на разделении властей, предусматривающим, что только законно избранный парламент может на законных основаниях разрешить ограничение прав человека. Из этого следует, что ущемление основных прав государством может опираться только на законодательную базу, а не на применения нормы по аналогии²¹.

Хороший пример такого ограничения на рассуждения по аналогии содержит налоговое право: никакой налоговый орган не может вводить налоги, не предусмотренные законом, и ни один судья не может санкционировать налогообложение за рамками закона²². Там, где законно действовать может только законодатель, суд не вправе расширять свои полномочия путем аналогии. Таким образом, «пробел» в законе, где поставлена на карту свобода личности от действий государства, на самом деле не является пробелом вовсе.

Это означает, что нет никаких правовых оснований для действий государства за пределами закона, и судья должен объявить действия такого рода недействительными.

Структура аргумента по аналогии в континентальном праве. Когда судья континентального права обнаружил пробел в законе и установил отсутствие конституционных ограниче-

¹⁶ См. Аналогичное положение в ст. 25 Итальянской Конституции; art. 14 Capo II of the Italian Codice Civile.

¹⁷ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2nd ed., vol. 2 (Munich 1994), pp. 101–102; Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem* (Munich 1992), p. 138.

¹⁸ RGSt 29, 111; 32, 165; Roxin, *op.cit.* (n. 17 above), p. 103.

¹⁹ In 1900 Parliament enacted § 248c prohibiting this conduct.

²⁰ «Vorbehalt des Gesetzes»; cf. Badura, *Staatsrecht* (Munich 1986), pp. 213–214; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, (Cologne 1984), chap. IV 2, at p. 20; Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago & London 1994), pp. 123, 291; сравн. итальянский аналог принцип «riserva di legge» в ст. 13–28 Итальянской Конституции: Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 5th ed. (Padua 1984), pp. 55–61.

²¹ Ossenbuhl, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», in: Isensee & Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 3 (Heidelberg 1988), pp. 322–323.

²² BVerfGE 13, 318, at p. 328; Zippelius, *Methodenlehre* (n. 7 above), p. 61; for the U.K. cf. Barendt, *loc.cit.* (n. 15 above), p. 605 referring to *Commissioners of Customs and Excise Ltd. v. Cure and Deeley Ltd.* [1962] 1 Q.B. 340; Beatson, «Has the Common Law a Future?» [1997] C.L.J. 291, at p. 296 on *Woolwich Equitable Building Society v. IRC* [1993] 1 A.C. 70; for Italy see art. 23 of the Italian Constitution.

ний на применение аналогии, следующий шаг состоит в установлении сходства между новым делом и тем, которое непосредственно регулируется законом. Рассуждение на данном этапе – центральное рассуждение по аналогии в логическом смысле. Здесь судья континентального права ближе всего к своему коллеге общего права; первый устанавливает сходство между делом, регулируемым законом²³ и новым случаем, последний – между серией прецедентов и новым делом.

Логическая форма аргументации по аналогии имеет длительную и сложную родословную. Я попытаюсь обобщить то, что имеет особое значение для нашего исследования²⁴. Аналогия продвигается от частных к частностям и приходит к вероятностному заключению²⁵. Ее особенности могут быть оформлены различным образом, но заключение будет следующим:

М это Р

S похоже на М

Поэтому S является (вероятно) Р.²⁶

Аргумент по аналогии в праве имеет сходную структуру. Однако, поскольку он используется с целью обоснования общеобязательного решения, то выводы, полученные рассуждением по аналогии в других науках, не могут быть автоматически перенесены на право. Здесь также налицо два объекта, «S» и «М», подлежащие сравнению, но заключение не устанавливает физическое тождество сравниваемых объектов. Вместо этого делается вывод, что два объекта должны рассматриваться одинаково, поскольку они имеют ряд общих качеств. Применимость определенной нормы к объекту обоснована его деонтическими признаками. Таким образом, аргументы по аналогии в праве носят нормативный, а не описательный характер²⁷. По словам Коха и Руссмана правовой аргумент по аналогии может быть обобщен в следующем виде²⁸:

1. Ох
2. Sxy
3. (Ох ∧ Sxy) → Оу
4. Оу

Мы должны рассматривать х как элемент, который отображает деонтические качества О, т.е. элемент, который регулируется определенной нормой. У – новое дело, к которому мы хотим применить деонтические качества О. Заключение, устанавливающее это, основано на посылках 2 и 3. В посылке 2 устанавливается, что у может быть заменен на х. Посылка 3 показывает, что если вывод относится также к х и если х можно заменить на у, то О относится и к у.

В континентальном праве элемент х является абстрактным законодательным описанием дела, к которому применяется данная норма. О является правовым последствием такого применения. В пункте 2 нужно показать, что факты х существенно похожи на факты у нового дела, которое не урегулировано законом. Пункт 3 относится к принципу равного правового обращения. Закон предписывает, что каждый раз, когда возникают факты х, должны следовать правовые последствия О. Эти факты х аналогичны фактам у нового случая. Из этого следует, что правовые последствия О применимы к фактам у.

Сходство между законодательной моделью и конкретным делом. Вывод о том, что новое дело похоже на модель, изложенную в действующих нормах, обязательно полагается на сравнение, в соответствии с которым оба дела похожи – *tertium comparationis* [основа для сравнения – А.Д.]²⁹. Поскольку не может быть огромного количества отношений, в которых два дела могут быть сходными, субъекту, осуществляющему сравнение, необходимо выделить *существенное* сходство. Там, где проводится сравнение со статутным правом, стандартом для сравнения выступает *ratio legis* последнего. Скажем, если юрист размышляет, можно ли статутную

²³ «*Tatbestand*».

²⁴ Cf. further Brewer, «Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy» (1996) 109 H.L.R. 923, at p. 944; Golding, *Legal Reasoning* (New York 1984), p. 103; Langhein, *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode* (Berlin 1996), p. 15; Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge & London 1990), p. 87; Rapp, «Ahnlichkeit, «Analogie und Homonymie bei Aristoteles» (1992) 46 Zeitschrift für philosophische Forschung 527, at pp. 533–534; Twining & Miers, *How to do things with rules*, 3rd. ed. (London 1991), p. 262.

²⁵ Этим она отличается от индукции, которая идет от частного к общему.

²⁶ Cf. Golding, *op.cit.* (n. 24 above), p. 45; Sunstein, «On Analogical Reasoning» (1993) 106 H.L.R. 741, at p. 743; White, «Analogical Reasoning», in Patterson (ed.): *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Cambridge, Mass. 1996), p. 583, at p. 584.

²⁷ 27 Koch & Russmann, *Juristische Begründungslehre* (Munich 1984), p. 44.

²⁸ Cf. Koch & Russmann, *op.cit.* (n. 27 above), pp. 259–260.

²⁹ *Enzyklopadie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Mittelstrass* (ed.) vol. 4, (Mannheim, Vienna & Zurich 1990), pp. 239–240 «*tertium comparationis*»; cf. on a related notion Westen, «On 'Confusing Ideas': Reply» (1982) 91 Yale L.J. 1153, at p. 1163.

норму об использовании автомобилей в общественных парках применить по аналогии к велосипедам³⁰, он не перечисляет все возможные сходства между автомобилями и велосипедами, например, что и те, и другие передвигаются на колесах и используются для перевозки людей. Вместо этого он выделяет и рассматривает сходные признаки в свете *ratio* нормы закона. Он спрашивает, можно ли цель этой нормы, направленной на предотвращение шума и опасности для пешеходов, распространить на велосипеды. Уместными чертами, которые он может выделить, могут быть скорость движения автомобилей и велосипедов городском парке или степень опасности, исходящая от велосипедов – в отличие от автомобилей – для посетителей парка. В конечном итоге, оба случая будут обладать сходством, необходимым для применения аналогии, если они разделяют признаки, которые для применения аналогии требует *ratio legis*.

Пример из немецкого частного права³¹ покажет это более четко и в то же время позволит обобщить стандартное дело для аргументации по аналогии в континентальном праве. § 463 ГГУ регулирует правовой институт компенсации за ненадлежащее исполнение договора купли-продажи. Пункт 1 § 463 ГГУ касается исков о возмещении ущерба, когда качество купленных предметов гарантировалось изначально; пункт 2 § 463 ГГУ предписывает, что ущерб возмещается, если продавец умышленно скрыл дефект проданного товара. Однако существует не предусмотренный законом случай, когда продавец сознательно делает вид, что товар имеет положительные качества, которыми тот на самом деле не обладает. Представьте себе дилера подержанных автомобилей. Если он намеренно скрывает от потенциального покупателя, что определенный автомобиль ранее попадал в аварию, он несет ответственность в соответствии с пунктом 2 § 463 ГГУ. С другой стороны, если в ходе переговоров он сознательно расписывает, что автомобиль имеет автоматическую разморозку окон, которой у него на самом деле нет, то дилер не подпадает под буквальное толкование пункта 2 § 463 ГГУ. Поскольку он не скрыл дефект автомобиля, но сделал вид, что автомобиль имеет некоторое преимущество, которым он в действительности не обладает, то он не несет ответственности за ущерб³². Судья, который не удовлетворен таким выводом, должен первым делом (i) установить, что существует пробел. Умышленное представление качества, которое на самом деле отсутствует, прямо в Уложении не упоминается. Тем не менее, молчание закона еще предстоит интерпретировать: это могло быть намерение Уложения исключить какую-либо ответственность за ущерб для продавца, который намеренно указывает на существование такого качества. Судья рассматривает молчание закона путем толкования анализируемой нормы. Существует много доводов в пользу того, что Уложение не содержит квалифицированного молчания: оно устанавливает правила присуждения компенсации для подобного дела. Кроме того, существует законодательная история [документы, связанные с законопроектной работой – А.Д.] в пользу того, что продавец не вправе обманывать своего клиента таким образом. Наконец, в других нормах по договорам купли-продажи или в общих целях Уложения нет никаких указаний на этот счет. Так как (ii) конституционные ограничения, упомянутые выше³³, здесь не применимы, судья может приступить к восполнению пробела по аналогии с пунктом 2 § 463 ГГУ. При этом он (iii) должен сравнить условия, установленные нормой закона, с фактическими обстоятельствами конкретного дела. Он должен спросить, аналогично ли умышленное сокрытие дефекта (факт, указанный в пункте 2 § 463 ГГУ) намеренному утверждению о существовании некоторого преимущества, которое на самом деле отсутствует? На это можно ответить утвердительно: в обоих случаях продавец сознательно дезориентирует покупателя и использует это, чтобы побудить его к заключению договора. *Ratio legis* пункта 2 § 463 ГГУ устанавливает, что продавец, который намеренно использует в своих интересах ошибки покупателя, несет ответственность за любой причиненный ущерб и какие-либо дополнительные условия для привлечения к ответственности не требуются. Так как оба случая прямо охватываются рамками *ratio legis*, сходство между ними перевешивает разницу в том, каким образом продавец получает преимущество над покупателем. Использование ошибки для получения выгоды приводит к установленной законом ответственности, а поскольку обе ситуации сходны в том, что кто-то воспользовался ошибкой, то они существенно похожи. Поэтому судья в этом деле может применить аналогию и посчитать, что поку-

³⁰ См.: Hart, *The concept of law* (Oxford 1961), pp. 126, 128-129.

³¹ Larenz & Canaris, *Methodenlehre* (n. 6 above), p. 203.

³² Предполагается, что дилер описал автомобиль способом, который не включает гарантии в соответствии с п. 1 § 463 ГГУ.

³³ P. 485 выше.

патель вправе требовать возмещения убытков от продавца по аналогии с пунктом 2 § 463 ГГУ.

2. Рассуждение по аналогии: стандартное дело общего права

В общем праве аргументация по аналогии служит применению прецедентного *ratio decidendi* к новому набору фактов. Этот метод принимает угрожающие размеры в общем праве из-за доктрины обязывающего прецедента [*doctrine of binding precedent* – А.Д.]. Эта доктрина объясняет, почему *ratio decidendi* в традиции общего права занимает место статутных норм в континентальном праве. Каждое дело, которое идентично другому делу или серии дел, решенных ранее, подпадает под *ratio decidendi*, вытекающее из этих делами. Суд не может отказать от применения прецедента, который является для него обязательным, даже если судья считает, что он был принят ошибочно³⁴.

Дела, разрешаемые согласно прецедентам. Применение подходящего прецедента к новому делу есть лишь условная версия рассуждения по аналогии. К примеру, судья может сформулировать *ratio decidendi* дела *Donoghue v. Stevenson*³⁵ следующим образом: *производители продуктов обязаны проявлять заботу о потребителе, чтобы по своей вине при подготовке или поставке продуктов не причинить ущерб жизни или имуществу потребителя*³⁶. Затем он может легко подвести под это правило не только производителя А, который вследствие неосторожной вины продает отравленное мороженое маленьким детям, но и производителя Б, который по неосторожности не удалил химические вещества с одежды и это привело к кожным инфекциям людей, носившим эту одежду³⁷.

Поскольку оба набора фактов четко подпадают под общее правило, то сформулированное решение, как правило, рассматривается как применение обязательного прецедента, а не как применение аналогии. Однако технически, даже здесь мы имеем некоторую разновидность рассуждения по аналогии. Это становится очевидным, если мы переформулируем *ratio decidendi* в менее абстрактных терминах. Сформулируем *ratio decidendi* следующим образом: *шотландские производители имбирного пива в непрозрачных бутылках обязаны проявлять осторожность, чтобы не позволить мертвым улиткам попасть в свой продукт*³⁸. Упомянутые выше производители А или В непосредственно не подпадают под это правило. Даже если мы сформулируем *ratio decidendi* более убедительно в качестве адвокатского суждения в деле *Grant v. The Australian Knitting Mills*³⁹ как *производители продовольственных товаров и напитков обязаны проявлять осторожность, чтобы не допускать попадания в продукт вредных физических инородных тел*⁴⁰, то судье все равно придется прибегать к аналогии, чтобы применить это положение к производителю В.

Дела, отличные от прецедентов, отличны и от квалифицированного молчания. Граница между делами, подпадающими под обязательные прецеденты, и делами, где применяется аналогия, является наглядным примером. Дело аналогично, если прецедентное *ratio decidendi* может быть сформулировано настолько убедительно и абстрактно, чтобы охватить новые факты. Судья связан нормой, сформулированной таким образом. Если же сформулировать такую абстрактную формулировку не представляется возможным, но два дела по-прежнему существенно схожи, используется аналогия.

Как правило, существует не один, но целая серия прецедентов, которые можно использовать для аналогии. Чем сложнее дело, тем большее число прецедентов и вытекающих из этого споров. Судья общего права может быть вынужден, прежде чем провести аналогию с некоторой категорией дел, установить, что другие, противоречивые, аналогии менее сильны и гораздо менее обязательны. Это – версия квалифицированного молчания для общего права: чтобы судья

³⁴ Сравн.: Mackenzie Stuart & Warner, «Judicial Decision as a Source of Community Law» in: Grewe, Rupp & Schneider (eds.), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit* (Baden-Baden 1981), p. 273 at p. 274; Schauer, *Playing by the rules* (Oxford 1991), pp. 182-183. Палата Лордов пересмотрела эти прецеденты, cf. Practice Statement [1966] 1 W.L.R. 1234; the Court of Appeal on the other hand is bound by its precedents: *Davis v. Johnson* [1979] A.C. 264.

³⁵ [1932] A.C. 562; the following examples on this case are based on Cross & Harris, *Precedent in English Law*, 4th ed. (Oxford 1991), p. 192; Schauer, *op.cit.* (n. 34 above), p. 183; Twining & Miers, *How to do things with rules* (n. 24 above), pp. 314-317.

³⁶ См.: Cross & Harris, *op.cit.* (n. 35 above), p. 192.

³⁷ Эти факты взяты из *Grant v. The Australian Knitting Mills* [1936] A.C. 85.

³⁸ См.: Twining & Miers, *op.cit.* (n. 24 above), p. 316.

³⁹ [1936] A.C. 85.

⁴⁰ См.: Twining & Miers, *op.cit.* (n. 24 above), p. 316.

мог рассуждать по аналогии с прецедентом или разрешить дело совершенно заново, он должен доказать, что закон в этой области не содержит квалифицированного молчания. Последнее существует, когда по другим делам сделан вывод, противоположный тому, который судья намеревается достичь. Это можно преодолеть путем отказа применять в качестве прецедента ввиду значимого различия дел или его отмены [нередко с созданием новой нормы прецедентного права – А.Д.].

Отказ в применении в качестве прецедента состоит в доказывании того, что определенная серия прецедентов не имеет отношения к делу, находящемуся в производстве. Легко отказаться применять в качестве прецедента предельно детализированное *ratio decidendi* с ограниченным набором фактов, как, например, производство «имбирного пива в непрозрачных бутылках»⁴¹. Но, как правило, для судьи общего права намного труднее отказаться применять *ratio decidendi*, сформулированные в виде абстрактных положений.

Следующий пример иллюстрирует проблемы юриста общего права в части квалифицированного молчания. В деле *Candler v. Crane, Christmas & Co*⁴² потенциальный инвестор компании нанял аудиторскую фирму для подготовки для него заключения. Эта фирма по небрежности ввела его в заблуждение своими заключениями, на которые инвестор опирался при принятии решения об инвестициях. Впоследствии получатель инвестиций обанкротился, и все инвестиции были потеряны. Апелляционный суд решил, что аудитор не несет ответственности за убытки инвестора. Решение было основано на принципе, что гражданская ответственность не применяется за неумышленное введение в заблуждение при отсутствии договорных или фидуциарных [т.е. доверительных – А.Д.] отношений между сторонами. Похожее дело было рассмотрено Палатой лордов в деле *Hedley Byrne*⁴³. Истцами были рекламные агенты, обратившиеся в банк за информацией о финансовом положении одного из своих клиентов, чтобы решить, насколько он хорош для выплат, которые они собирались получить. Банк рекламных агентов получил такую информацию от ответчика (клиента банка), повлекшее по неосторожности утверждение, что клиент «достойно содержит компанию и надлежаще исполняет свои текущие коммерческие обязательства»⁴⁴. Рекламные агенты положились на эту информацию и не расторгли договор с клиентом. Когда клиент был ликвидирован, они потеряли часть своих доходов.

Как хорошо известно, Палата лордов привлекла ответчика к ответственности. До судебного процесса, однако, можно было утверждать, что английское общее право не содержит квалифицированного молчания в части иска Хедли Бирна. Поскольку правила, ранее установленные апелляционным судом, отрицали какую-либо ответственность за неумышленное введение в заблуждение при отсутствии договорных или фидуциарных обязанностей⁴⁵, Палата лордов, на первый взгляд, должна была бы отказать Хедли Бирну в исковых требованиях: если ответственность за неумышленное введение в заблуждение при отсутствии договорных или фидуциарных отношений между сторонами прямо не установлена, в иске должно быть отказано. Не будучи связанной решениями Апелляционного суда, Палата лордов постановила, что общее право не содержит квалифицированного молчания. Даже если было бы установлено, что «неосторожное введение в заблуждение не дает основания для иска»,⁴⁶ оно должно иначе применяться там, где существуют *особые отношения* между стороной, обратившейся за консультацией, и теми, кто ее дает, особенно когда последние обладают специальными профессиональными навыками⁴⁷. Всякий раз, когда лицо, дающее финансовые консультации, знало или должно было знать, что его клиент доверяет и полагается на него, оно принимает на себя ответственность перед доверяющей стороной и потому несет ответственность за возможный ущерб. Лорд Рейд отказался признать наличие в деле *Candler* квалифицированного молчания: «Из этого следует, что дело *Candler v. Crane, Christmas & Co.* было разрешено ошибочно»⁴⁸.

Этот пример показывает, что какое-либо развитие нового судебного принципа, а, следо-

⁴¹ See: Twining & Miers, *op.cit.* (n. 24 above), p. 316.

⁴² *Candler v. Crane, Christmas & Co.* [1951] 2 K.B. 164.

⁴³ *Hedley Byrne Co. v. Heller & Partners* [1964] A.C. 465; cf. Weir, *A Casebook on Tort*, 8th ed. (London 1996), p. 67.

⁴⁴ *Hedley Byrne Co. v. Heller & Partners* [1964] A.C. 465, at p. 467.

⁴⁵ [1951] 2 K.B. 186.

⁴⁶ *Hedley Byrne Co. v. Heller & Partners* [1964] A.C. 465, at p. 483.

⁴⁷ *Ibid.*, at pp. 502–503.

⁴⁸ *Ibid.*, at p. 487.

вательно, любых аналогий с предыдущими делами, предполагает отсутствие квалифицированного молчания для данного иска. Если существующий массив прецедентного права может быть интерпретирован как содержащий отказ в иске, это квалифицированное молчание может быть преодолено либо установлением существенного различия между делами, либо признанием, что предыдущее дело было разрешено неправильно.

Структура аргумента по аналогии в общем праве. Логическая структура аргумента по аналогии была кратко изложена выше⁴⁹. В общем праве прецедент и новое дело имеют два пункта, которые сравниваются. В посылке 1, «Ох», х – это прецедент или серия прецедентов. О является частью *ratio decidendi*, которое предписывает, что определенное юридическое следствие вытекает из фактов х. Посылка 2 «Sxy» устанавливает сходство между фактами прецедента и фактами нового дела. Посылка 3 «(Ох ∧ Sxy) → Оу», показывает, что если (i) прецедент устанавливает, что факты х приводят к последствиям О, и если (ii) факты х аналогичны фактам у, то (iii) правовые последствия О должны следовать за фактами у.

Правовые проблемы до отношения «Sxy» являются центральным звеном англо-американской теории рассуждения по аналогии. Ученые делятся на скептиков и оптимистов. Несмотря на мнение скептиков, что убедительное суждение о сходстве двух дел нельзя сделать принципиально, оптимисты твердо уверены в такой возможности⁵⁰. Для целей данной статьи не представляется необходимым глубоко погружаться в эту дискуссию, но вопрос о концепции сходства нельзя игнорировать полностью. Скептики, желающие ответить на вопрос положительно, во-первых, указывают на тот факт, что две разные вещи могут быть одинаковыми или различаться в неограниченном количестве аспектов. Это, конечно, верно. Для того, чтобы дискредитировать рассуждения по аналогии, скептик должен утверждать, что для правовых рассуждений невозможно выделить существенное сходство с учетом большого количества сходств и различий. Этот аргумент уже гораздо менее убедителен. Есть случаи, когда различия в точности равны сходству. Однако мы должны сделать скромные допущения, чтобы продолжать использовать аргументы по аналогии, а именно, что есть по крайней мере некоторые случаи, в которых правовые рассуждения способны решить, относится ли к делу выявленное сходство. Аргументацию по аналогии имеет смысл применять лишь в том случае, когда можно убедительно показать, что сходство между двумя делами перевешивает различия между ними. Злостный скептик, отрицающий даже это скромное допущение, подрывает обоснованность своих собственных аргументов. Если нельзя сделать никаких правовых рассуждений о том, являются ли два дела сходными или нет, то понятие существенного сходства теряет свое значение, поскольку оно относится к концепции, которая ничего не может распознать. Поэтому заявление злостного скептика теряет свой смысл, а, кроме того, он будет иметь в виду понятие, которое не имеет никакого значения. Следующий аргумент, следовательно, основан на допущении, что правовое рассуждение хотя бы иногда возможно при решении вопроса о существенном сходстве двух дел⁵¹.

Чтобы установить сходство между прецедентом и новым делом, недостаточно перечислить общее количество аспектов, в которых два дела похожи⁵². Вместо этого, нужно сформировать критерий (стандарт) для сравнения дел. Как было показано ранее, этот критерий (стандарт) лежит в основе принятия решения в первом случае, или, чаще всего, в основе целой серии прецедентов⁵³. Таким образом, рассуждения общего и континентального права очень близки, но первое опирается на *ratio* серии прецедентов, второе – на *ratio legis*. Два дела, таким образом, признаются сходными, если принцип, который лежит в основе серии прецедентов, применим к ним обоим без исключений⁵⁴.

⁴⁹ P. 488 above.

⁵⁰ Cf. Golding, *Legal Reasoning* (n. 24 above), pp. 45 et seq.; Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (Chicago 1949), p. 2; Schauer, *Playing by the rules* (n. 34 above), pp. 183–184; Stone, *Precedent and Law* (Sydney 1985), pp. 124 et seq.; Sunstein, «On Analogical Reasoning» (n. 26 above).

⁵¹ Сравн.: Alexy, «Probleme der Diskurstheorie» (1989) 43 *Zeitschrift für philosophische Forschung* 81, at p. 90; Langenbucher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht* (Munich 1996), p. 39.

⁵² Сравн.: Murray, «The role of analogy in legal reasoning» (1982) 29 *U.C.L.A. Law Review* 833, at p. 852; Raz, *The authority of law* (Oxford 1979), p. 203.

⁵³ Murray, *loc.cit.* (n. 52 above), pp. 852–53; Raz, *loc.cit.* (n. 52 above), p. 203.

⁵⁴ Если аргументация по аналогии настолько тесно связана с основополагающим принципом, мы должны столкнуться возражением Познера (Posner, *Jurisprudence* (n. 24 above), p. 89). Он утверждает, что аналогия не выполняет полезной функции, пока дело в любом случае решается путем непосредственного обращения к принципу. Эта точка зрения не учитывает два момента. Во-первых, принцип, как правило, не формулируется не четко и кратко, что не позволяет силлогистически применить его к

Приведем пример из деликтного права, иллюстрирующий этот аргумент. Мы видели выше⁵⁵, что делом *Hedley Byrne* установлена ответственность за неумышленное введение в заблуждение, когда между сторонами существуют *особые отношения*. В деле *White v. Jones*⁵⁶ нужно было выяснить, применимо это положение к новому делу. Адвокат по небрежности не выполнил инструкции клиента по изменению его волеизъявления. В итоге истцы, дети клиента, не унаследовали после смерти отца. Факты совершенно очевидно отличаются от дела *Hedley Byrne*, поскольку адвокат не имел прямых контактов с наследниками⁵⁷. Поэтому главный вопрос заключался в том, были ли случаи существенно схожи, чтобы позволить, если не силлогистически применить принцип из дела *Hedley Byrne*, то по крайней мере применить его по аналогии. Решение о сходстве дел пошло по пути выработки принципа. Сторонники аналогии утверждали, что ни взаимность между сторонами, ни фактическая зависимость между ними не входили в принцип по делу *Hedley Byrne*. Поэтому их отсутствие в деле *White v. Jones* не только мешает аналогии, но даже поощряет ее: «Здесь налицо тесная аналогия с существующими категориями особых отношений, порождающими обязанность заботиться, чтобы предотвратить экономический ущерб»⁵⁸. Сходство было установлено, во-первых, по причине того факта, что и аудитор, и адвокат знали, «что будущее экономическое благополучие потенциального бенефициара зависит от тщательного исполнения с их стороны», и во-вторых, что в обоих делах и аудитор, и адвокат взяли «на себя ответственность за задачу»⁵⁹. Различные судьи отказались от применения аналогии, считая, что в соответствии с их толкованием принципа по делу *Hedley Byrne*, случаи не были существенно похожи. По словам лорда Мустила, принцип, лежащий в основе дела *Hedley Byrne*, покоится на четырех столпах, а именно «взаимность», «особые отношения», «доверие» и «принятие ответственности»⁶⁰. Согласно этому критерию, два дела различаются во всех отношениях, и Лорд Мустил сделал вывод, что удовлетворение требований истца было бы не аналогией с делом *Hedley Byrne*, но «провозглашением чего-то совсем нового»⁶¹.

В.Исключение

Исключение из стандартного способа рассуждения по аналогии, используемое в общем и континентальном праве, заслуживает особого внимания. Исключение происходит в каждой правовой традиции зеркально друг другу и таким образом тесно соединяет две системы, обеспечивая общую почву для европейского права.

1.Рассуждение по аналогии: исключение континентального права

Аргументация по аналогии играет важную роль в континентальном праве при разрешении конкретных дел, даже если используемая техника не признается «анalogией» в традиционной юриспруденции⁶². Там, где статутная норма сформулирована неопределенно, судья часто анализирует предыдущие дела в их последовательности по методу case-by-case, переходя от одного решения к другому, так как он должен дать неясному правилу точное значение в каждом индивидуальном случае⁶³. Способ, которым судья переходит от дела к делу в интерпретации нормы и установлении ее пределов, тесно связан с тенденцией общего права использовать ар-

делу. Аналогия – это правовое средство для обоснования применения такого принципа. Во-вторых, общее право добавляет значительный вес судебным аргументам, которые предлагает судья, если он в состоянии обосновать их аналогией с прецедентом. Согласованность и последовательность рассуждения зависят главным образом от убедительности аргументов: аргументация, которая развивает уже существующий принцип, предпочтительнее аргументации, которая способствует выработке совершенно новой нити рассуждения без поддержки прецедента.

⁵⁵ P. 492 above.

⁵⁶ [1995] 2 A.C. 207.

⁵⁷ Другие отличия см.: Weir, *Casebook* (n. 43 above), pp. 81–83.

⁵⁸ *Hedley Byrne Co. v. Heller & Partners* [1964] A.C. 465, at p. 475.

⁵⁹ *Ibid.*, at p. 475.

⁶⁰ *Ibid.*, at p. 483.

⁶¹ *Ibid.*, at p. 490.

⁶² Этот термин применяется только к аналогии закона.

⁶³ Сравн.: Starck, «Constitutional Interpretation» in: *Studies in German Constitutionalism*, Starck (ed.) (Baden-Baden 1995), p. 47, at pp. 59–64; для Франции см. Развитие административного права: Schwartz, *French administrative law and the common law world* (N.Y. & London 1954), pp. 1–18; Neville Brown & Bell, *French administrative law* (Oxford 1993), pp. 2, 276–278; cf. further Gray, *The nature and sources of the law* (New York 1909), pp. 171–173.

гументацию по аналогии как средство включения отдельных случаев в серию прецедентов.

Судебная практика немецкого Федерального Конституционного Суда дает хорошие примеры метода *case-de-case* для рассмотрения конкретных дел в континентальном праве. Пункт 2 параграфа 1 ст. 5 Основного закона Германии защищает свободу слова, заявляя: «Каждый имеет право свободно распространять свое мнение устно, письменно и иным способом». Довольно неопределенный термин «мнение» намеренно использован для включения всего, что можно было бы рассматривать как свобода слова. Задача немецкого суда – установить шаг за шагом объем, содержание и пределы этого фундаментального права, как если бы это была выработка судом общего права прецедентной нормы на основе общего принципа. Главное отличие заключается в том, что континентальный суд толкует писаную конституцию, а не свои собственные прецеденты. Поэтому суд в значительной степени опирается на текст, дух и законодательную историю Конституции. То, как предыдущие решения интерпретировали принцип свободы слова, должно рассматриваться лишь в дополнение к этому более традиционному методу толкования. Первоначально категория «мнение» определялась как факты, связанные с личными взглядами и идеями⁶⁴. Затем ст. 5 была распространена на просто сходные факты без ссылки на мнение. Затем было установлено, что ст. 5 защищает факты, которые выступают предпосылкой формирования мнения⁶⁵. Сегодня статью 5, применяемую с целью защиты множества вопросов, серьезных или риторических, суд расширил до такой степени, что, строго говоря, речь уже идет не о мнении вовсе⁶⁶. Это показывает, как в результате применения метода *case-by-case* объем правовой охраны в ст. 5 устанавливается постепенно, от дела к делу.

Функция аргументации по аналогии, используемой в континентальном праве, заключается в обеспечении правовой определенности при применении неопределенных норм [*vague norms* – А.Д.]. Если дело сходно с прецедентом, континентальный судья часто ссылается на это предыдущее решение вместо того, чтобы повторять интерпретационную работу, которая уже была проделана ранее другим судьей. Хотя в континентальном праве метод аргументации по аналогии встречается не часто, с логической точки зрения аналогия действительно применяется между предыдущим решением и новым делом.

2. Рассуждение по аналогии: исключение общего права

Узкий подход. Спорным является вопрос, легализовано ли применение аналогии закона в общем праве. Позитивистская теория до сих пор считает, что применение закона по аналогии приводит к выводам, которые законодатель делать не собирался и поэтому судья так поступать не вправе⁶⁷. Существует важная предпосылка и ряд аргументов в поддержку этой точки зрения. Предпосылка состоит во взгляде на общее право как на основу для формирования законодательства⁶⁸. В отличие от континентального правоведа, который сначала изучает норму закона, чтобы принять индивидуальное решение в соответствии с «общей волей» законодателя, английский юрист рассматривает общее право в качестве основного источника права⁶⁹.

Из предпосылки, что общее право представляет собой базовую основу, вытекает ряд аргументов. Главным является то, что суды не могут узурпировать власть, расширяя применение нормы, которая предназначалась только для одной определенной категории дел⁷⁰. Если законодатель начинает регулировать некоторую область права, которая ранее была урегулирована общим правом, это означает, что случаи, охватываемые законодательством, должны в будущем решаться отлично от случаев, которые по-прежнему регламентированы общим правом⁷¹. При-

⁶⁴ Cf. BVerfGE 12, 205, at p. 260; 31, 314, at p. 326; 42, 163, at p. 170.

⁶⁵ Cf. BVerfGE 61, 1, at p. 8.

⁶⁶ Cf. BVerfGE 85, 23, at p. 31.

⁶⁷ Cf. Lord Simonds, *Magor and St. Mellons v. Newport Corporation* [1951] 2 K.B.D. 839, at p. 841; Beatson, «Has the Common Law a Future?» (n. 22 above), at p. 301 называет этот подход «нефть и вода».

⁶⁸ Allan, *Law, Liberty, and Justice* (Oxford 1993), pp. 79–108; Bankowski & MacCormick, «Statutory Interpretation in the United Kingdom», in: MacCormick & Summers (eds.), *Interpreting Statutes* (Dartmouth 1991), p. 363; cf. also Zimmermann, «Statuta sunt stricte interpretanda? Statutes and the Common Law: A continental perspective» [1997] C.L.J. 315 at pp. 318–320.

⁶⁹ Cf. Lord Woolf of Barnes, «Droit Public-English Style» [1995] Public Law 57, at pp. 67–69; Sir John Laws, «Law and Democracy» [1995] Public Law 72, at pp. 84–90, 92.

⁷⁰ Cf. Allan, *op.cit.* (n. 68 above), p. 81; см. также: Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning* (Boston & Toronto 1985), pp. 78–80; Easterbrook, «Statutes' Domains» (n. 3 above), pp. 539, 544–545.

⁷¹ *Sutherland Stat. Const.*, 5th ed. (Illinois 1991), § 55.01.

меры такого подхода часто приводят из уголовного законодательства или других областей принудительных действий государства, поскольку незаконное отклонение от общего права на основе аналогии закона нагляднее всего можно показать там, где права личности ограничиваются без прямого согласия парламента⁷².

Второй аргумент, основанный на концепции общего права как основы законодательства, состоит в том, что закон может вводить не новые правовые принципы, но только нормы⁷³. Для ученого континентального права этот аргумент не убедителен, поскольку в его традиции выведение правовых принципов из закона является общим местом толкования. В этом состоит отличие от концепции общего права как основы законодательства, где только общее право содержит принципы, в то время как статутные нормы рассматриваются как изолированные и «используемые для удовлетворения особых требований»⁷⁴.

Наконец, утверждается, что аналогия закона является нелегитимной. Поскольку никто не знает, что гипотетически намеревался сказать законодатель своим молчанием, утверждается, что аналогия закона включает в себя «дикие догадки» о том, что законодатель желал установить⁷⁵. Эта точка зрения поддерживается сторонниками экономического анализа права, которые утверждают, что закон, по сути, не более чем компромисс между различными группами интересов с весьма ограниченной сферой действия, и он не устанавливает общий принцип или «дух», из которого судья мог бы сделать выводы⁷⁶. Утверждается, что, применяя норму закона, судья не просто применяет право, но расширяет сферу компромисса между группами интересов за установленные пределы и решает дело по причинам, которые не должны были быть обобщены, а являются лишь результатом политической борьбы⁷⁷. Я вернусь к этим аргументам позже⁷⁸.

Широкий подход. Отказ от аналогии закона есть, однако, лишь половина дела в традиции общего права⁷⁹. Главным образом в Америке, но и в некоторой степени в Англии, был принят иной подход, пытаются инкорпорировать статутное право в массив общего права. Целенаправленная интерпретация этих тенденций⁸⁰ начинается с аналогии в рамках одного закона и продолжается аналогий между различными законами⁸¹. Однако критическим вопросом для юриста общего права является вопрос о том, может ли он позволить политике и цели, лежащим в основе закона, решать дело общего права⁸². В то время как сторонники строгого подхода к общему праву как основы законодательства яростно отрицают это, сторонники широкого подхода признают, что статутные нормы могут на самом деле отменять или изменять принципы общего права⁸³. Последняя проблема соотношения аналогии из общего права и из статутного права касается «удельного веса»⁸⁴; более убедительная аналогия будет иметь больший вес, и, следова-

⁷² *Lemon* [1979] A.C. 617, critically assessed by Allan, *op.cit.* (n. 68 above), at p. 83 n. 21; *Wills v. Bowley* [1983] 1 A.C. 57; discussed by Allan, *op.cit.* (n. 68 above), at p. 83 n. 17 and Atiyah, «Common Law and Statute Law» (1985) 48 M.L.R. 1, at pp. 8-9.

⁷³ Cf. Allan, *op.cit.* (n. 68 above), pp. 81, 92; comparing this to the American approach Atiyah & Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (Oxford 1987), p. 103.

⁷⁴ Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (London & New York 1959), p. 197.

⁷⁵ Easterbrook, «Statutes' Domains» (n. 3 above), p. 548; Allan, *op.cit.* (n. 68 above), p. 93; Atiyah, *op.cit.* (n. 72 above), pp. 25-26; Zimmermann «Statutes and the Common Law» (n. 68 above) pp. 318-319.

⁷⁶ Easterbrook, «Statutes' Domains» (n. 3 above), at p. 541; Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed. (Boston, Toronto & London 1992), pp. 529-30; Posner, «Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution» (1982) 49 U.Chicago L.R. 263, at p. 274.

⁷⁷ Posner, *op.cit.* (n. 76 above), pp. 529-530.

⁷⁸ P. 505 below.

⁷⁹ Cf. Justice Holmes in *Johnson v. United States* «для суда будет ненадлежащим исполнением обязанностей сказать: Мы видим куда вы клоните, но поскольку вы прямо об этом не заявили, то мы должны продолжать в том же духе» 163 Fed. 30, at p. 32; Beatson, «Has the Common Law a Future?» (n. 22 above), pp. 303, 307-308, 311-314; Dickerson, *The Interpretation and Application of Statutes* (Boston & Toronto 1975), p. 214; Eskridge, «Interpretation of statutes» in: Patterson *op.cit.* (n. 26 above), p. 200, at p. 203.

⁸⁰ Cf. Atiyah & Summers, *op.cit.* (n. 73 above), pp. 100-101; Summers, «Statutory Interpretation in the United States» *op.cit.* (n. 68 above), pp. 420-422; Twining & Miers, *How to do things with rules* (n. 24 above), p. 262; сравн. с т.н. «расширительным толкованием» у Dickerson, *op.cit.* (n. 79 above), p. 213.

⁸¹ Cross, Bell & Engle, *Statutory Interpretation*, 3rd ed. (London, Dublin & Edinburgh 1995), p. 44; Hurst, *Dealing with Statutes* (New York 1982), p. 45; an example is provided by Gunasekara, «Judicial Reasoning by Analogy with Statutes: the Case of contributory Negligence and the Law of Contract in New Zealand» [1993] *Statutory Law Review* 85.

⁸² As put by Justice Cardozo: «a new generative impulse transmitted to the legal system» in *Van Beeck v. Sabine Towing Co.* 300 U.S. 342, at p. 351; in favour of statutory analogies: Pound, «Common Law and Legislation» (1908) 21 H.L.R. 383, at pp. 385, 388, 402, 407; Justice Frankfurter in *Keifer & Keifer v. Reconstruction Finance Corp.* 306 U.S. 381, at p. 389; Justice Hand *Slijka v. Johnson* 161 F 2nd 467; Dickerson *op.cit.* (n. 79 above), pp. 215, 251 on *Agar v. Orda* 264 N.Y. 248; Atiyah, *op.cit.* (n. 72 above), pp. 12-25 discusses a number of decisions from this angle but is himself rather opposed to Pound's view, e.g. Lord Reid, *Parry v. Cleaver* [1970] A.C. 1, at pp. 19-20; Lord Denning, *Broom v. Morgan* [1953] 1 Q.B. 597, 609; Lord Diplock, *Erven Warnink v. Townend & Sons* [1979] A.C. 731.

⁸³ Cautiously, Cross & Harris, *Precedent* (n. 35 above), at pp. 175-176; Cross & Bell, *op.cit.* (n. 81 above), p. 46.

⁸⁴ Bankowski & MacCormick, «Statutory Interpretation» (n. 68 above), p. 389.

тельно, дело будет решено соответствующим образом несмотря на основы общего права. Эта точка зрения близка к континентальному пониманию некоторой комбинированной системы правовых норм и принципов – системе законодательно принятых норм, которые находят дальнейшее развитие в судебной практике.

II. Общая основа и различия в традиции континентального и общего права: основания для аргументации по аналогии в европейском праве

Итак, я постарался продемонстрировать использование аргументов по аналогии в континентальном и общем праве. Теперь мы должны выяснить, существуют ли достаточные основания для всеобщего применения этого метода в Европе или же непреодолимые различия делают это невозможным.

A. Общие основы

Вполне ожидаемо, что мы обнаружили сходство в методах использования аналогии в двух правовых традициях. Многие из этого уже рассмотрено выше. Поэтому далее я хочу сосредоточиться на влиянии этого сходства на рассуждения по аналогии в европейском праве.

1. Квалифицированное молчание и конституционные ограничения на аргументацию по аналогии

Квалифицированное молчание связано с тем, что судья, прежде чем провести аналогию со статутной нормой или прецедентом, должен установить, что существует возможность сделать это законно. В континентальном праве это связано с принципом разделения властей. В английской традиции такая связь гораздо слабее⁸⁵. С позиции европейского права нам нужно рассмотреть, существуют ли ограничения на рассуждения по аналогии из-за квалифицированного молчания закона либо по «конституционным» причинам.

Квалифицированное молчание закона влияет на европейское право как предпосылка для применения аналогии закона. Это особенно заметный аспект (хотя, разумеется, далеко не последний) при толковании вторичного законодательства, где сфера действия детализированных правил расширяется путем аналогии. Здесь Европейский Суд Справедливости следует традиции континентального права – перед применением аналогии нужно установить наличие пробела⁸⁶. Тем самым Суд оправдывает законность своего полномочия расширить действие нормы, которая изначально не предназначалась для регулирования спорного вопроса⁸⁷. Квалифицированное молчание закона исключает применение аналогии в случаях, когда действующие нормы должны быть истолкованы как исчерпывающие и окончательные.

Принцип *nulla poena sine lege* признан Европейским Судом Справедливости в качестве одного из общих принципов права Сообщества, закрепленных в ст. 7 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Этот принцип был успешно применен в деле *Regina v. Kent Kirk*⁸⁸: датским рыбакам, которые ловили рыбу в 12 милях от британского побережья, было предъявлено обвинение в совершении преступления, предусмотренного *British Sea Fish Order* от 1982 года. *British Sea Fish Order* был несовместим с законодательством Сообщества. Однако Директивой ЕС от 1983 года *Sea Fish Order* была придана обратная сила. Несмотря на это, Суд постановил, что такая ретроактивность не может повлечь применение *ex post facto* мер, «представляющих собой наказания за деяние, которое, по сути, не было наказуемо в момент его

⁸⁵ Сравн.: Allan, *op.cit.* (n. 68 above), pp. 33–39 on *nulla poena sine lege*, discussing the famous case *Shaw v. D.D.P.* [1962] A.C. 220; cf. further, Lord Keith, *R v. R* [1992] 1 A.C. 599 (rape: marital exemption).

⁸⁶ АЕВ, Case 67/91, [1992] E.C.R. 4785, at p. 4835; Krohn, Case 165/84, [1985] E.C.R. 3997, at p. 4019; Schwarze, *European Administrative Law* (London 1992), pp. 54–55.

⁸⁷ Полемика о принципе разделения властей в Европе выходит за рамки моего эссе: cf. Cappelletti, «Is the European Court of Justice 'running wild'?» (1987) 12 E.L.R. 3, at p. 6; Danzer-Vanotti, «Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs» 1992 RIW 733, at pp. 734–735; Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice* (Dordrecht, Boston & Lancaster 1986), pp. 38–41, 61–65, 70–72, 80–82, 377–427; Weiler, «The Court of Justice on Trial» (1987) 24 C.M.L.R. 555, at pp. 570–573; Weiler, «The Transformation of Europe» (1991) 100 Yale L.J. 2403, at pp. 2417, 2466–74.

⁸⁸ *Regina v. Kent Kirk*, Case 63/83, [1984] E.C.R. 2689.

совершения. Следует исходить из того, что во время действия акта, влекущего уголовную ответственность, национальная мера является недействительной из-за ее несовместимости с правом ЕС»⁸⁹. То же самое рассуждение применяется для применения аналогии с уголовным законом. Установление аналогии с уголовным законом влечет за собой наказание такого поведения, которое не являлось прямо запрещенным в момент его осуществления, но которое уже затем было запрещено путем судебной аналогии. Это ограничение на рассуждения по аналогии базируется на основных правах обвиняемого в уголовном деле, поэтому применяется в европейском праве, как и в большинстве государств-членов ЕС.

Сложно утверждать о применимости в Европейском праве дальнейших ограничений на аргументацию по аналогии, а именно, о требованиях законодательной основы для ограничения индивидуальных прав. Одна из причин этого в том, что основное внимание в разделении полномочий между различными институтами Сообщества уделяется обеспечению автономии отдельных государств-членов, а не правам европейских граждан⁹⁰. Из этого следует важный вывод. Конституционные ограничения, которые в традиционной континентальной юриспруденции применяются только к отношениям между гражданином и государством, в европейском праве не переносятся на отношения между Европейским сообществом и государством-членом ЕС. В европейском праве эти конституционные ограничения защищают суверенитет государств-членов ЕС от необоснованных притязаний Сообщества. Таким образом, Европейский Суд Справедливости не может санкционировать действия Сообщества, которые нарушают суверенитет государств-членов путем расширения по аналогии установленной компетенции в сходных делах.

Однако один только этот аспект не гарантирует вывод об отсутствии ограничений на аргументацию по аналогии, приводящую к нарушению основных прав человека для граждан Европейского Союза. Основные права создавались как один из основных общих принципов европейского права. Требование законодательной основы для ограничения основных прав исключает их ограничение в рамках административного усмотрения без каких-либо законных оснований. Принцип ограниченных полномочий в целом хорошо разработан в европейском праве и, рассматривая его в свете защиты основных прав, нет никакой причины, почему в соответствии с конституционной традицией защиты граждан в большинстве государств-членов ЕС он не должен защищать всех граждан. Это означает, что институты Сообщества не могут нарушать основные права человека без законных оснований в первичном или вторичном законодательстве Сообщества⁹¹.

Поэтому применение аналогии в европейском праве сопровождается важными ограничениями. Во-первых, аналогия не может применяться там, где первичное или вторичное законодательство должны быть истолковано как содержащее квалифицированное молчание. Во-вторых, рассуждения по аналогии запрещены, когда санкции нарушают суверенитет отдельных государств-членов ЕС, если только полномочие для действий Сообщества не было прямо возложено на Сообщество. В-третьих, аналогия не допускается, когда она может повлечь нарушения основных прав человека без явных законных оснований, основанных на принципе *nulla poena sine lege*.

2. Две формы аргументации по аналогии.

Мы видим, что нет принципиальной разницы между использованием аналогии в континентальном и общем праве. Они сходны в общей логической форме, в которой можно сформулировать аргументацию, и опираются на существенное сходство дел, чтобы оправдать аналогию. Однако, ближе знакомясь с различными шагами, предпринимаемыми в двух правовых традициях, можно выделить характерные особенности, свойственные одной правовой традиции, но совершенно чуждые другой. Стандартное дело для аналогии в континентальном праве

⁸⁹ *Regina v. Kent Kirk*, Case 63/8, [1984] E.C.R. 2689, at p. 2718 para. 21; cf. further, *Hoffmann La Roche v. Commission of the European Union*, Case 85/76, [1979] E.C.R. 461, at p. 510 para. 4.

⁹⁰ Schwarze, *op.cit.* (n. 86 above), p. 253 holds that for this reason there is no equivalent to this principle in Community law.

⁹¹ Some support for this argument can be drawn from *Hoechst*, Cases 46/87 & 227/88, [1989] E.C.R. 2859, at p. 2924 para. 19, где Европейский Суд Справедливости обосновал, что «во всех правовых системах государств-членов ЕС любое вмешательство публичных властей в частную жизнь граждан [. . .] должно иметь законные основания» и что «необходимость такой защиты должна признаваться в качестве общего принципа права Сообщества».

состоит в распространении статутной нормы на другое дело, которое изначально не было урегулировано. Поскольку основной упор здесь делается на статутных нормах, я буду называть это аналогией закона [the rule-based form of reasoning by analogy – А.Д.]. Напротив, стандартное дело общего права состоит в развитии общего принципа в каждом конкретном деле по методу case-by-case. Я буду называть этот аналогией права [the principle-based form of reasoning by analogy – А.Д.]. Рассмотрев далее способы использования этих двух форм аналогии, мы сможем применять различные режимы правового рассуждения к европейскому праву⁹².

Аналогия закона. Законные основания для аналогии закона присутствуют, если ее цель заключается в расширении действия нормы для регулирования новой ситуации в силу ее сходства с ситуацией, которая уже регулируется нормой. Здесь полезно вспомнить различие между правилами и принципами, описанное Р. Дворкиным⁹³. Нормы могут быть разделены на два типа: правила и принципы.

Правила применяются по типу «все-или-ничего», т.е. они либо выполняются и применяются в конкретном деле, либо нет. С другой стороны, принципы лучше описать как ценности, заложенные в нормах [value-maximising norms – А.Д.]⁹⁴. Их цель – содействовать реализации определенной правовой ценности, так что их вклад в решение дела может варьироваться в большей или меньшей степени в зависимости от значения ценности, которая обеспечивается нормами.

Аналогия закона используется там, где в законодательстве отсутствует регламентация отдельной категории дел. Здесь мы ссылаемся на статут или кодекс, которые теоретически предназначены для беспробельного урегулирования определенной сферы права. Если возникает новое дело, и статут не содержит четкого положения о нем, аналогия закона предполагает, что дело будет рассмотрено по аналогии со статутом. Судья, который хочет применить аналогию закона, во-первых, должен установить *пробел* в законе. Это необходимо для того, чтобы не допустить нарушение прерогатив парламента⁹⁵. Во-вторых, он должен подчиняться конституционным ограничениям, запрещающим аналогию.

В европейском праве аналогии закона применима там, где свод действующих правил в целом не регулирует некоторую категорию дел. Правоприменитель тщательно следует традиции континентального права, устанавливая пробел в первичном или вторичном законодательстве, который он восполняет в процессе правоприменения. Он должен показать, что все это законодательство не может быть истолковано, как содержащее квалифицированное молчание. В тех случаях, когда цель письменной нормы применима исключительно к какой-то одной категории дел, аналогия не допускается. Кроме того, судья должен установить, что в отношении аналогии нет конституционных ограничений двух видов, упомянутых выше: он должен показать⁹⁶, что аналогия не нарушает конституционный баланс между полномочиями государств-членов ЕС и Сообщества, и что она не нарушает основных прав граждан Европейского Союза.

Аналогия права. Цель аналогии права – применение общих правовых принципов к отдельным случаям. Это необходимо, когда норма статута предусматривает, что, например, ценность свободы слова должна быть максимизирована настолько, насколько это возможно. Конфликтующие правовые ограничения должны быть разрешены. Тот же вопрос возникает, когда серия прецедентов пытается продвигать цели одного и того же рода. Ни одна инстанция не ограничивается одной определенной группой фактов: вместо этого они стремятся к экспансии. Другими словами, они пытаются охватить настолько много ситуаций, насколько это возможно, чтобы максимально реализовать поставленные цели. Область применения такой нормы или прецедента, которая разрабатывается методом case-by-case, является юридически когерентной и надежной. Тем самым аргументация по аналогии используется для сравнения нового дела с предыдущим прецедентом в свете общего правового принципа.

Некоторые правовые нормы формулируются только как принципы, но более часто они включают в себя две различные части: часть-предписание нормы предписывает нечто должное, а часть-принцип относится к ценности, которая заложена в норме и должна быть максимизиро-

⁹² P. 507 below.

⁹³ *Taking Rights Seriously*, 2nd ed. (Cambridge 1978), pp. 22–31.

⁹⁴ Cf. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt 1986), pp. 75–77; Alexy, «Zum Begriff des Rechtsprinzips», 1979 *Rechtstheorie*, Suppl. 1, p. 79.

⁹⁵ P. 485 above.

⁹⁶ Pp. 501–502 above.

вано настолько полно, насколько это вообще возможно. Такие комбинированные нормы ставят судью перед двойной задачей. Во-первых, от него требуется изучить, какую юридическую ценность они выражают. Частью этой задачи является взаимное соотношение ценности конфликтующих принципов. Затем уже может быть применена часть-предписание нормы.

Область применения принципа аналогии права в европейском праве значительна. Многие источники европейского права содержат неопределенные нормы и понятия, главным акцентом в применении которых является установление целей, ключевых направлений и основных принципов⁹⁷. Там, где такие нормы требуют от судьи установить основные правовые ценности, метод общего права может установить содержание и пределы такого принципа методом *case-by-case*. Поиск пробела не имеет здесь никакого значения. Дело в том, что норма-принцип имеет экспансионистскую природу. Необходимость выявления пробела заставляет суд отойти от законодательства путем распространения статутов на обстоятельства, для регулирования которых они не были предназначены. Норма-принцип прямо ориентирует суд содействовать заложенной в норме ценности настолько широко, насколько это возможно. В результате, дальнейшая реализация правовой ценности всегда определяется законодателем и должно учитываться отсутствие квалифицированного молчания. С другой стороны, актуальны конституционные ограничения на аналогию. Интерпретация ценности, заложенной в норме права, не должна приводить к необоснованным нарушениям аналогией суверенитета государства-члена ЕС или основных прав граждан. Эти правовые требования сами по себе представляют принципы, эффективно ограничивающие пределы, до которых провозглашенные ценности могут быть осуществлены.

3. Общие усилия по обеспечению существенного сходства

Сходство дел – сердцевина аргументации по аналогии. Таким образом, каждому европейскому юристу, использующему аналогию, нужно продемонстрировать четкую корреляцию между двумя случаями, прежде чем он сможет применить к ним одну и ту же правовую норму.

Сходство дел при аналогии закона зависит от *ratio legis* правовой нормы. Такой подход вытекает из традиции континентального права, в котором установление *ratio legis* начинается с формулировки нормативного предписания и дополняется историческим, системным и телеологическим толкованием. Этот метод позволяет сформировать более широкую совокупность норм вокруг соответствующего правила и, в частности, норм Договора о ЕС. Они служат в качестве «норм более высокого порядка», в свете которых должно быть интерпретировано вторичное законодательство.

Когда используется аналогия права, рассуждения строятся слегка по-другому. Критерий (стандарт), по которому оценивается сходство, зависит от характера нормы. Если это действующая (т.е. включенная в писаное первичное или вторичное законодательство ЕС) норма направлена на максимизацию некоторой правовой ценности, критерием для сравнения выступает *ratio legis* этой нормы. Разумеется, в европейском праве существует и значительный объем неписаных «общих принципов». Поскольку они основаны не на положениях Договора о ЕС, а на общей традиции государств-членов ЕС или международном праве, то обоснование общей линии для решений обеспечивает критерий для сравнения. Европейский Суд Справедливости все дальше отходит от положений, записанных в Договоре о ЕС, и чем больше он опирается на общие традиции государств-членов ЕС, а также на другие неписанные источники, тем ближе установление существенного сходства напоминает метод общего права⁹⁸.

В. Различие: является ли аналогия узурпацией законодательной власти?

Самое важное различие между двумя юридическими традициями заключается в их раз-

⁹⁷ Kutscher, «Methods of interpretation as seen by a judge at the Court of Justice», in: *Judicial and Academic Conference 27-28.9.1976* (Luxembourg 1976), p. 1-33; cf. further Mertens de Wilmars, «Reflexions sur les methodes d'interpretation de la Cour de Justice des Communautés Europeennes», 1986 C.D.E. 5, at p 8.

⁹⁸ Следовательно, традиционные достоинства общего права, такие как концентрация на фактических обстоятельствах дела, четкая граница между применением прецедента и его использованием в качестве аналогии, а также между отказом от применения прецедента или его отменой становятся очень важными; сравн. Mackenzie Stuart & Warner, «Judicial Decision a Source of Community Law» (n. 34 above), p. 277.

ном отношении к расширению области применения статутных правил. Традиция общего права придерживается убеждения, что принцип разделения властей не допускает аналогии закона. Это означает, что законодатель не только устанавливает в законе, но и неявно предписывает, что любой случай за пределами законодательного регулирования подпадает под нормы общего права. Эта точка зрения сталкивается с принципом равного обращения, который в сочетании с верховенством закона требует от суда решить два подобных случая установленным законом способом⁹⁹.

Есть веские причины считать, что законодатель косвенно предусматривает, что пограничные дела должны разрешаться в соответствии с общим правом. Они касаются решений, где суды могли бы ограничить права личности, если бы статутные нормы применялись по аналогии¹⁰⁰. Самые важные ограничения на применение аналогии были рассмотрены выше. Она нелегитимна, если посредством аналогии закона расширяется сфера уголовной ответственности или полномочия правоохранительных органов¹⁰¹. И то, и другое способствовало бы дальнейшему свертыванию фундаментальных прав, что прямо запрещено законом.

Однако нет никаких причин, почему за пределами этих сфер воля законодателя обязательно должна быть ограничена узкими формулировками, выбранными при принятии правовых норм. Гораздо более вероятно, что законодатель пересматривает определенные случаи, которые иначе были бы включены в статут. Более того, принцип равного обращения запрещает делать произвольные различия между двумя сходными делами. Следовательно, требуется, чтобы они разрешались на законных основаниях. Если одно дело непосредственно урегулировано законом, то принцип верховенства закона требует разрешить его именно таким образом. Если другое дело во всех существенных отношениях подобно первому делу, но не подпадает под формулировку закона, принцип равного обращения требует от судьи решать в обоих случаях одинаково. В силу принципа верховенства закона оба дела должны быть разрешены таким образом, как предназначил законодатель. Тем самым утверждение, что аналогия нарушает принцип разделения властей, звучит неубедительно.

Кроме того, концепция общего права как базовой основы для всей системы права не относится к европейскому праву по той простой причине, что никакого европейского общего права нет. Даже при наличии значительного количества судебной практики Европейского Суда Справедливости, это не общая система права, поскольку Европейский Суд не признает обязательные прецеденты как источник права¹⁰².

После отказа от основополагающей посылки, рассмотренные возражения против аналогии закона¹⁰³ теряют значительную часть своей силы. Если человек перестает рассматривать статуты как изолированные анклав в общем правовом массиве, правовые принципы могут быть введены законом точно также как и через обычное право¹⁰⁴. К примеру, американцы полагают, что система общего права может успешно включать в себя статутные правила и принципы, и что вместе они создают единое целое.

Следующее возражение состоит в том, что аргументация по аналогии основывается на «диких догадках» о намерениях законодателя и рассматривает законодательный процесс как борьбу групп интересов, а статутные нормы как компромисс между ними¹⁰⁵. Допустим, что это действительно так. Исключает ли это аргументацию по аналогии? Ответ во многом зависит от нормы, которая интерпретируется. Статут может прямо охватывать сферу достигнутого компромисса в качестве основы для судебного толкования. *Ratio legis* этой нормы будет с легкостью интерпретирован как установленное им ограничение. Аналогия всегда будет терпеть неудачу, потому что, в свете этого весьма специфического *ratio legis*, другое дело не будет аналогичным. Если, однако, законодатель решит не комментировать тот факт, что статут пролоббирован группой интересов, судья должен воспринять норму буквально и интерпретировать ее

⁹⁹ P. 482 above.

¹⁰⁰ Эти ситуации можно свести к конституционным ограничениям на рассуждения по аналогии, p. 485 above.

¹⁰¹ Оба примера взяты из: Allan, *Law, Liberty and Justice* (n. 68 above), pp. 83, 87.

¹⁰² Pp. 507–509 below.

¹⁰³ Pp. 497–498 above.

¹⁰⁴ Решения взяты из Sale of Goods Act, содержащий наглядные примеры из английского права: cf. Lord Diplock, *Chris. Hill Ltd. v. Ashington Piggeries* [1972] A.C. 441, at p. 501; High Court of Australia in *MacRae v. Commonwealth Disposals* (1951) 84 C.L.R. 377; Atiyah, «Common Law and Statute Law» (n. 72 above), pp. 16–17; Beatson, «Has the Common Law a Future?» (n. 22 above), p. 311.

¹⁰⁵ P. 498 above.

ratio legis в свете материалов, к которым он имеет доступ. Он может предполагать, что закон является частью целого комплекса норм, регулирующих эту область права, и будет стремиться сформировать решение в рамках всего правового массива. Если *ratio legis*, выводимое таким способом, позволяет распространить норму по аналогии на другие дела, судья может законно приступить к этому. Аналогия основана не на «диких догадках», но на одинаковом разрешении двух подобных дел.

III. Аргументация по аналогии в европейском праве: основы применения

До сих пор исследование носило теоретический характер. Однако правовую аргументацию лучше всего понять, рассматривая примеры. В этих целях я собираюсь привести некоторые решения Европейского Суда Справедливости в свете теоретических замечаний, сделанных выше. При этом рамки, в которых может использоваться аналогия, зависят от наличия или отсутствия в Европейском Суде Справедливости доктрины *stare decisis*. Поэтому я предварительно обращаюсь к этому вопросу.

А. Исходная посылка: Доктрина *stare decisis* не применяется в европейском праве

Европейский суд не считает себя связанным положениями ранее принятых решений. Это не означает, что он не зависит от предыдущих решений и разрешает дела в соответствии с *jurisprudence constant* [доктрина устоявшейся судебной практики А.Д.]. Это означает лишь то, что суд не будет следовать прецеденту, если посчитает его ошибочным. Рассуждения по аналогии не используют в качестве образца прецеденты, как в системе общего права.

1. Европейский Суд Справедливости и Суд первой инстанции

Суды часто следуют прецедентам и Европейский Суд Справедливости не является исключением¹⁰⁶. Вместе с тем доктрина *stare decisis* используется только тогда, когда суд обязан следовать прецеденту из-за его статуса как источника права¹⁰⁷. Европейский Суд Справедливости вправе отступить от своих прецедентов без каких-либо ограничений,¹⁰⁸ хотя на практике это случается довольно редко. Такая свобода суда обусловлена сильным влиянием континентальной судебной практики, которая рассматривает принятые статуты как единственный действующий источник права, а прецеденты – лишь как акты с убедительным авторитетом [persuasive authority – А.Д.]. Кроме того, отсутствие какого-либо европейского «общего права» означает, что особые причины применять доктрину *stare decisis* отсутствуют. Способность Европейского Суда отменять прецедент, в конечном счете, практическая необходима. В противном случае, ошибочное решение может быть отменено только путем принятия новых положений в Договоре о ЕС¹⁰⁹.

Создание Европейского Суда первой инстанции еще не открывает путь к применению доктрины *stare decisis*. Даже если на практике Суд первой инстанции, скорее всего, будет следовать практике Европейского Суда Справедливости, опасаясь отмены своих решений по апелляции,¹¹⁰ доктрина *stare decisis* не будет применяться. Об этом свидетельствует тот факт, что Суду первой инстанции разрешается не учитывать прецедент для того, чтобы пересмотреть

¹⁰⁶ Koopmans, «Stare decisis in European Law» in: *Essays in European Law and Integration* (Antwerp, Boston, London & Frankfurt 1982), p. 17; Neville Brown & Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities* (London 1994), pp. 344-345.

¹⁰⁷ Mackenzie Stuart & Warner, «Judicial Decision as a Source of Community Law» (n. 34 above), p. 273.

¹⁰⁸ Advocate General Lagrange in *Da Costa v. Nederlandse Belastingadministratie*, Cases 28, 29 & 30/6, [1963] E.C.R. 31, 42; Bleckmann «Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs» 1982 *Neue Juristische Wochenszeitung* 1177; Kutscher, *loc. cit.* (n. 97 above), pp. I-5–I-7; Lord Mackenzie Stuart & Warner, «Judicial Decision as a Source of Community Law» (n. 34 above), p. 276; Neville Brown & Kennedy, *op. cit.* (n. 106 above), p. 344; Wank, «Die Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof», in: FS *Stahlhacker, Farthmann et al.* (eds) (Neuwied, Krieffel & Berlin 1995), p. 633, at pp. 641-642. A special case is art. 174 EU Treaty under which decisions are binding on every other Community institution.

¹⁰⁹ Эта точка зрения высказана McMahon & Murphy, *European Community Law in Ireland* (Dublin 1989), p. 170; Arnall, «Owning up to fallibility: Precedent and the Court of Justice» (1993) 30 *CM.L.Rev.* 247, at p. 248.

¹¹⁰ Neville Brown & Kennedy, *op. cit.* (n. 106 above), p. 351.

свое предыдущее решение¹¹¹.

2. Национальные суды.

Национальный суд последней инстанции обязан обращаться на Европейский Суд Справедливости в соответствии с п. 3 ст. 177 Договора о ЕС [«Если один из этих вопросов возникает в деле, находящемся на рассмотрении в судебной инстанции какого-либо из государств-членов, решения которой в соответствии с национальным правом не подлежат обжалованию, то в этом случае обращение данной судебной инстанции в Суд Сообщества является обязательным» – А.Д.]. К примеру, если национальный суд последней инстанции должен решить, принимать ли иск к государству согласно делу *Francovich*¹¹², он стоит перед выбором. Национальный суд может согласиться с тем, что в деле *Francovich* корректно интерпретировано право Сообщества. Если суд разрешит дело в соответствии с практикой Европейского Суда Справедливости, то в соответствии с доктриной *acte clair* [очевидное положение, не требующее в силу этого специального толкования – А.Д.] он освобождается от необходимости обращения в Европейский Суд Справедливости. Это исключение необходимо, так как иначе Европейскому Суду Справедливости пришлось бы повторять свои решения снова и снова, даже если национальный суд был готов их принять¹¹³. С другой стороны, национальный суд может признать дело *Francovich* неправильной интерпретацией права Сообщества. Тогда суд не связан таким решением в отличие от того, как английский суд связан решениями соответствующих национальных судов. Вместо этого, суд может в соответствии п. 3 ст. 177 Договора о ЕС обратиться в Европейский Суд Справедливости с просьбой вынести требующееся ему на этот счет решение и попытаться убедить Европейский Суд Справедливости изменить свою практику. Тогда национальный суд связан результатом своего обращения¹¹⁴. Однако обязательная сила такого решения вытекает не из того, что решения Европейского Суда Справедливости являются источником права, но непосредственно из ст. 177 Договора в сочетании с соответствующей национальной нормой.

Национальные суды ниже уровня последней инстанции, не подпадают под обязательство п. 3 ст. 177 Договора. Они сами выбирают, решить ли дело в соответствии с собственным толкованием права Сообщества или обратиться в Европейский Суд Справедливости в рамках п. 2 ст. 177 Договора [«Если подобный вопрос встанет перед каким-либо судом одного из государств-членов и этот суд сочтет необходимым иметь соответствующее разъясняющее решение Суда Сообщества, чтобы принять собственное решение по данному вопросу, он может обратиться в Суд Сообщества с просьбой вынести требующееся ему на этот счет решение» – А.Д.]¹¹⁵. Далее: если иск к государству в соответствии с делом *Francovich* принят нижестоящим национальным судом, то возможны три различных варианта. (i) Суд может взять за основу решение по делу *Francovich* и решить дело без обращения. (ii) Суд может не придерживаться решения по делу *Francovich* и обратиться в Европейский Суд Справедливости на основании п. 2 ст. 177 Договора. Тогда это было бы реакцией (только) на решение, принятое Европейским Судом. (iii) Наконец, суд низшей инстанции, возможно, не согласится с решением по делу *Francovich* и решит не обращаться в Европейский Суд Справедливости на основании п. 2 ст. 177, рискуя отменой своего решения в суде апелляционной инстанции. Даже если на практике это наименее вероятный вариант, он ясно свидетельствует о неприменении *stare decisis*¹¹⁶.

¹¹¹ An ECJ decision is thus only binding after an appeal, Statute of the European Court of Justice, art. 54, 2nd para., and according to art. 47, 2nd para. of the same Statute. This is not a case of *stare decisis*.

¹¹² *Francovich and others v. Italy*, Cases 6 & 9/90, [1991] E.C.R. I 5357.

¹¹³ Это оставляет национальному суду значительный простор для усмотрения в вопросе об обращении в Европейский Суд, причем это усмотрение еще более расширяется использованием доктрины *acte clair*: суд может отказаться от обращения не только при наличии прецедента по делу, но также и тогда, когда правовой текст настолько ясен, что не нуждается в интерпретации, *Hartley, European Community Law*, 3rd ed. (London 1994), p. 291. For restrictions see however C.I.L.F.I.T., Case 283/81, [1982] E.C.R. 3415; Rasmussen, «The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T.» (1984) 9 E.L.R. 242, at pp. 251–259.

¹¹⁴ *Neville Brown & Kennedy, op.cit.* (n. 106 above), p. 353.

¹¹⁵ Это право не может быть ограничено национальными нормами, cf. *Neville Brown & Kennedy, op.cit.* (n. 106 above), pp. 354–355.

¹¹⁶ Groux, «Convergences et conflits, dans l'interprétation du traité CEE» in: *Du droit international au droit de l'intégration*, Capotorti et al. (eds.) (Baden-Baden 1987), pp. 275, 284. There is considerable controversy as to this last option: it has been argued that an inferior court which wishes to depart from an ECJ decision is obliged to make a reference, just like the Court of last instance (*Manzoni v. FNROM*, Case 112/76, [1977] E.C.R. 1647, at p. 1662). There is however no support for this view in the wording of art. 177 para. 2; moreover its purpose is just as well served where only courts of last instance have to make a reference. It remains a question of national

В. Аналогия закона в европейском праве

Обратимся к делам, рассмотренным Европейским Судом Справедливости. Начнем с примеров аналогии закона, т. е. с попыток применить к различным делам одну и ту же норму из обширного нормативного массива.

1. Аналогия со вторичной нормой: пример

Европейский Суд применил аналогию в деле *Union Francaise de Cereales*¹¹⁷. Предприятие экспортировало товары из Германии в Великобританию и заявило о праве на получение «дополнительных компенсационных сумм» от немецкой таможни. В то время право на такие выплаты имели предприятия, осуществлявшие экспорт из старого государства-члена ЕС в новое государство-член ЕС. В этом случае новому государству-члену ЕС в течение переходного периода разрешалось поддерживать цены на сельскохозяйственную продукцию на более низком уровне, чем цены в Сообществе. Германские власти отказались выплачивать компенсацию на том основании, что судно с грузом на борту затонуло, и поэтому экспортер не может предоставить документы, подтверждающие завершение импортных формальностей в государстве назначения, что требуется согласно п. 2 ст. 5 Директивы № 269/73. Поскольку указанная Директива непосредственно не предусматривала учет *force majeure* при решении вопроса о компенсации, Суду пришлось отказать в компенсации, когда корабль погиб вследствие *force majeure*. Тем не менее, Суд заполнил этот пробел применением другой нормы, а именно применив по аналогии ст. 6 Директивы № 192/75, чтобы компенсации была все-таки выплачена.

Первый шаг к применению ст. 6 Директивы № 192/75 по аналогии состоял в подтверждении пробела в Директиве № 269/73. Судья очень кратко указал, что «в Директиве № 269/73 существует пробел»¹¹⁸. Однако пункты, предвещающие этот вывод, можно интерпретировать как подтверждающие, что Директива № 269/73 не содержит квалифицированного молчания. Суд постановил, что цель указанной Директивы – содействовать присоединению к ЕС новых государств-членов и обеспечить, чтобы в торговле между старыми и новыми государствами-членами ЕС соблюдался принцип приоритета интересов Сообщества. Эта цель не может быть реализована, если экспортер должен нести потери из-за *force majeure*. Таким образом, дело не в том, что Директива молчаливо запрещает ссылаться на *force majeure*, а лишь в наличии пробела.

Конституционные ограничения на применение аналогии здесь отсутствуют, поэтому Суд сразу приступил к установлению сходства между ст. 6 Директивы № 192/75 и обстоятельствами рассматриваемого дела. В судебном решении имеется лишь достаточно краткая ссылка на этот счет и, в частности, указано на «многочисленные параллели, существующие между детальными правилами применения экспортных возмещений, с одной стороны, и компенсационными суммами за «присоединение» к Сообществу, с другой»¹¹⁹. В данном случае аналогия оправдана не вследствие массы общих признаков у сравниваемых объектов, но в силу *ratio legis* писаной нормы¹²⁰. Цели Директивы № 192/75 в части экспортных возмещений из третьих стран состоят в поддержании экспортных цен на уровне цен Сообщества, чтобы предотвратить неблагоприятные конкурентные условия для экспортеров Сообщества в сравнении с экспортерами из государств, не являющихся членами ЕС¹²¹. Однако пробел в Директиве № 269/73 мог бы по-

law. In England, a lower court could not opt for the third option because of § 3 (1) of the UK European Communities Act 1972; Koopmans, *loc. cit.* (n. 106 above), p. 22.

¹¹⁷ *Union Francaise de Cereales v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Case 6/78, [1978] E.C.R. 1675; for an express recourse to analogy cf also AEB, Case 67/91, [1992] E.C.R. 4785; Giorgio Bernardi, Case 48/70, [1971] E.C.R. I 175; *Brouwer-Kaune*, Case 180/78, [1979] E.C.R. II 2111; Carmen Mancuso, Case 140/73, [1973] E.C.R. II 1449; *Antonio Gigante*, Case 31/71, [1973] E.C.R. II 1353; *Klensch*, Case 201 & 202/85 [1986] E.C.R. 3477; *Krohn*, Case 165/84, [1985] E.C.R. 3997; *Milac GmbH*, Case 38/76, [1976] E.C.R. II 1639; *Giovanni Naselli*, Case 83/77, [1978] E.C.R. I 683; *Oehlman*, Case 73/69, [1970] E.C.R. I 467; *Reich*, Case 64/74, [1975] E.C.R. I 261; cf. further Anweiler, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, pp. 309-333; Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice—towards a European jurisprudence* (Oxford 1993), p. 245.

¹¹⁸ *Union Francaise de Cereales v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Case 6/78, [1978] E.C.R. 1675, at p. 1684.

¹¹⁹ *Ibid.*, at p. 1684.

¹²⁰ P. 488 above.

¹²¹ *Capotorti A.-G. in Butter- und Eier-Zentrale Nordmark v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Case 38/79, [1980] E.C.R. I 651, at p. 660.

ставить экспортеров из старых государств-членов ЕС в новые государства-члены ЕС в неблагоприятные конкурентные условия по отношению к экспортерам из государств, не являющихся членами Сообщества. Принцип приоритета интересов Сообщества, заложенный в обе Директивы, оправдывает сходство двух ситуаций¹²². На основании этого сходства, суд может приступить к применению ст. 6 Директивы № 192/75 по аналогии, чтобы восполнить пробел в Директиве № 269/73.

2. Аналогия со вторичной нормой: обратный пример

Три ограничения могут воспрепятствовать применению аналогии закона: во-первых, наличие квалифицированного молчания, исключающего пробел, во-вторых, конституционные ограничения, и, в-третьих, отсутствие сходства. Рассмотрим пример, когда не выполнено последнее из этих требований¹²³. Речь идет о деле, практически идентичном по своим фактическим обстоятельствам предыдущему. Предприятие-экспортер из Германии обратилось за денежной компенсацией за масло, которое затонуло в Северном море на пути в Великобританию. Немецкие власти снова отказались платить компенсацию на том основании, что не были выполнены импортные формальности. Директива № 1380/75, которая была основой для денежной компенсации, также не содержала правила о *force majeure*. Однако в отличие от дела *Union Francaise de Cereales* компенсация на основании Директивы № 1380/75 не предназначалась для облегчения присоединения к Сообществу новых государств-членов. Вместо этого ее цель состояла в том, чтобы устранить дисбаланс между валютами государств-членов. Единые цены Common Agricultural Policy [Общей сельскохозяйственной политики – А.Д.] устанавливались в национальных валютах и могли не соответствовать курсам валют на валютном рынке. Поэтому денежная компенсация измерялась в валюте каждого государства-члена ЕС в целях учета разницы в обменных курсах¹²⁴. Разумеется, истец ссылался на дело *Union Francaise de Cereales*, утверждая, что его дело нужно решить по аналогии. Суд, однако, отказался согласиться с этим аргументом. Существование пробела в Директиве № 1380/75 судом не обсуждалось, причем по сомнительным основаниям якобы отсутствия веских причин того, что в указанной Директиве возможен пробел. Как утверждает Капорти¹²⁵, в пользу наличия пробела свидетельствует то, что Директива № 1380/75 не содержала положения о *force majeure*, что не может толковаться как квалифицированное молчание.

Однако Суд отверг аналогию со ст. 6 Правил № 192/75. Он воспринял эти дела как различные в свете *ratio legis*. В то время как в предыдущем деле, обе ситуации были похожи, поскольку «принцип приоритета интересов Сообщества ... является основанием как для компенсационных выплат за присоединение к ЕС, так и для экспортных возмещений за продажи в третьей страны»¹²⁶, в новом деле все совершенно по-другому. Денежная компенсация вытекает из намерения сохранить для Сообщества систему фиксированных цен на сельскохозяйственную продукцию, «чтобы защитить отдельных продавцов от рисков, которые вытекают из колебания валютных курсов»¹²⁷. В этом контексте дела, возникающие на основании Директивы № 1380/75, не похожи на ст. 6 Директивы № 192/75, потому что Директива № 1380/75 не предназначалась для защиты отдельных экспортеров. Принцип, закрепленный в ст. 6 Директивы № 192/75, не может применяться к денежной компенсации, поскольку отсутствие сходства не позволяет применить аналогию¹²⁸.

С. Аналогия права в европейском праве

Применение аналогии права основано на том, что новое дело разрешается на основании нормы, которая сформировалась как основание для предыдущих решений. Европейский Суд

¹²² *Ibid.* (n. 121 above), at pp. 654–655.

¹²³ *Butter- und Eier-Zentrale* (n. 121 above).

¹²⁴ Capotorti A.-G., (n. 121 above), p. 661.

¹²⁵ Capotorti *ibid.*, at p. 662.

¹²⁶ The Court *ibid.*, at p. 654.

¹²⁷ The Court *ibid.*, at p. 655.

¹²⁸ Capotorti A.-G. поддержал аналогию, интерпретируя норму как содержащую принцип свободного движения сельскохозяйственной продукции в целом, в свете которого оба дела должны рассматриваться одинаково. Это еще раз показывает, что способ, которым оформляется *ratio legis*, имеет решающее значение для аналогии.

Справедливости до сих пор придерживается континентальной, а не общей традиции права и прямо не называет эту форму толкования применением аналогии права. Данный термин служит лишь для обозначения разновидности аналогии, которая была рассмотрена выше. Однако следующие примеры показывают, что большая часть процесса аргументации, к которым прибегает Европейский Суд Справедливости, фактически есть рассуждения по аналогии.

1. Интерпретация нормы-принципа на основе норм Договора о ЕС: пример

Практика Европейского Суда Справедливости в отношении ст. 30 Договора о ЕС дает хороший пример применения аналогии права [«В торговле между государствами-членами запрещаются количественные ограничения на импорт, а также любые эквивалентные меры» - А.Д.]. Смысл термина «количественные ограничения или эквивалентные меры» может быть понят только при обращении к серии прецедентов. Новые дела обычно разрешаются по аналогии с предыдущими решениями. Мы возьмем дело *Gilli and Andres*¹²⁹ в качестве примера дела, рассмотренного по аналогии с делом *Cassis de Dijon*¹³⁰.

Статья 30 Договора представляет собой норму, сочетающую в себе предписание и принцип в порядке, описанном выше¹³¹. Часть-предписание нормы заключается в запрете количественных ограничений, причем если природа таких мер как ограничений точно установлена, норма должна применяться по формуле «все-или-ничего». Часть-принцип нормы заключается в том, что до применения ст. 30 Договора как правила нужно установить, подпадает ли мера под установленную в ст. 30 Договора сферу защиты. Это оценивается путем взвешивания правовой ценности, заложенной в ст. 30 Договора, против ограничений, изложенных в ст. 36 Договора, и в дальнейшем ограничения разрабатываются по решению суда¹³².

Аналогия права требует, главным образом, сходства двух дел в контексте правовой ценности, заложенной в норме. В нашем примере, цель ст. 30 Договора состоит в постепенной отмене препятствий для межгосударственной торговли, что уравнивает различные оправдания таких препятствий по законодательству Сообщества, к которым относится стандарт, согласно которому дела должны быть одинаковы. Известное дело *Cassis de Dijon*¹³³ не требует обширных напоминаний¹³⁴. Германский закон запретил продажу духов категории «*Branntwein*», в состав которых входил французский ликер *Cassis*, кроме случаев, когда содержание алкоголя в нем было не ниже 32%. Французские импортеры успешно оспорили этот закон. Даже если он применяется одинаково в отношении как отечественных, так и зарубежных продуктов, он все равно попадает под сферу действия ст. 30 Договора. Закон содержит «эквивалентную меру», поскольку ограничивает свободную торговлю и не оправдан «обязательными требованиями»¹³⁵. В деле *Gilli and Andres*¹³⁶ фигурирует аналогичная группа фактических обстоятельств. Обвиняемые импортировали яблочный уксус из Германии в Италию. Такое поведение нарушило п. 2 ст. 2 итальянского Закона № 991 на производство и сбыт уксуса, в соответствии с которым уксус должен быть производным от вина. Для того, чтобы провести аналогию между делами *Cassis de Dijon* и *Gilli and Andres* нужно было установить существенное сходство. Оба дела были схожи в том, что затрагивали недискриминационные национальные правила, препятствующие межгосударственной торговле вопреки цели, установленной в ст. 30 Договора о ЕС. Запрет яблочного уксуса вряд ли имеет общие черты с предписанием о содержании алкоголя в духах¹³⁷ [то есть нельзя применить аналогию закона – А.Д.]. Но дела были похожи, поскольку оба затрагивают принцип, вытекающий из ст. 30 Договора о ЕС.

Второй вопрос, подлежащий рассмотрению после установления существенного сходства, – вопрос о наличии конституционных ограничений на применение аналогии права. Основным правам человека аналогия не угрожала и, наоборот, способствовала развитию права собственности и права на свободное осуществление экономической деятельности. Баланс между интере-

¹²⁹ *Criminal proceedings against Herbert Gilli and Paul Andres*, Case 788/79, [1980] E.C.R. 2071.

¹³⁰ *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Case 120/78, [1979] E.C.R. 649.

¹³¹ P. 504 above.

¹³² Cf. Wils, «The search for the rule in Article 30 EEC: much ado about nothing?» (1993) 18 E.L.R. 475, at pp. 481–485.

¹³³ *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Case 120/78, [1979] E.C.R. 649.

¹³⁴ Cf. Weatherill & Beaumont, *EC Law*, 2nd ed. (London 1995), pp. 492–495.

¹³⁵ *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Case 120/78, [1979] E.C.R. 649, at para. 8.

¹³⁶ *Criminal proceedings against Herbert Gilli and Paul Andres*, Case 788/79, [1980] E.C.R. 2071.

¹³⁷ Weatherill & Beaumont, *op.cit.* (n. 134 above), p. 495.

сами Сообщества и автономией государств-членов аналогией также не нарушался. Даже если отмена соответствующих национальных правил ограничивает автономию государств-членов, это оправдано действием ст. 30 Договора.

2. Интерпретация общих принципов права Сообщества: пример

Там, где Судом разработаны общие принципы, аналогия права имеет широкую сферу применения. *Rationes decidendi*, сформулированные Судом, обычно совмещают в себе правило-предписание и общий принцип. Правило-предписание привлекается там, где схожее дело можно прямо подвести под *ratio decidendi*. Общий принцип необходим там, где интерпретация правовой ценности способствует выработке судом нормы, прежде чем можно будет судить о применимости *ratio decidendi*. Мы возьмем практику Европейского Суда Справедливости в отношении права на справедливое судебное разбирательство в качестве примера того, как судами разрабатываются принципы права.

По фабуле дела *Hoffmann La Roche*¹³⁸ Европейская Комиссия установила нарушение компанией ст. 86 Договора, приказала прекратить это нарушение и наложила штраф. Компания представила *inter alia* [помимо прочего – А.Д.] доказательство того, что во время административного процесса использовались документы и другие доказательства, которые не были предоставлены компании для ознакомления. Суд постановил, что право быть выслушанным есть основополагающий принцип права Сообщества, который должен соблюдаться там, где речь идет о наложении санкций, даже если производство по делу является административным. Тем самым компании должна быть предоставлена возможность изложить свои взгляды на достоверность и относимость доказательств. Нарушение этого права должно констатироваться даже в том случае, когда оно в конечном итоге не приводит к наказанию, поскольку нарушение было допущено непосредственно во время судебного разбирательства. В деле *Belgium v. Commission*¹³⁹ Бельгия обратилась с иском на основании п. 1 ст. 173 Договора об отмене решения Комиссии, которая объявила, что пожертвование региональному инвестиционному агентству представляет собой государственную помощь, несовместимую со ст. 92 Договора, и, следовательно, должно было быть запрещено. Правительство Бельгии заявило, что Комиссией не раскрыты лица, поставившие под сомнение выделение государственных средств, и содержание их требований¹⁴⁰. Поэтому Правительство не смогло подготовить надлежащую защиту.

Решение дела *Belgium v. Commission* по аналогии с делом *Hoffman La Roche* предполагало соответствующее сходство в свете целей, которым способствует фундаментальное право на справедливое судебное разбирательство. По мнению А.Дж. Уорнера, принцип «*adiatur et altera pars*» [следует выслушать и другую сторону – А.Д.] требует, чтобы административные органы, прежде чем реализовать полномочия в ущерб конкретному лицу, должны выслушать то, что это лицо желает сказать по делу¹⁴¹. В силу этого стандарта, оба решения нарушили права обвиняемых на полный доступ к информации, которым обладал соответствующий орган власти. Тем самым участники процесса в обоих случаях были лишены возможности высказать по делу все, что они хотели сказать Комиссии. Существенное сходство в части данного принципа обусловлено тем, что Комиссией по крайней мере создано впечатление об использовании неких документов, на основании которых Бельгии было отказано в защите¹⁴².

Конституционные ограничения не запрещают аналогию с основными правами человека в том случае, когда речь идет не об их ущемлении, но, напротив, о значительном усилении. То же самое относится и к автономии государств-членов ЕС как праву государств-членов ЕС на защиту от действий Сообщества.

3. Пределы принципа, на котором основана аналогия права: пример

¹³⁸ *Hoffmann La Roche & Co. AG v. Commission of the EC*, Case 85/76, [1979] E.C.R. 461.

¹³⁹ Case 234/84, [1986] E.C.R. 2263.

¹⁴⁰ *Ibid.*, at p. 2288.

¹⁴¹ *Transocean Marine Paint Association v. Commission*, Case 17/74, [1974] E.C.R. 1063, 1088; cf. Hartley, EC Law (n. 113 above), pp. 158–60; Oppermann, *Europarecht* (Munich 1991), p. 162; Weatherill & Beaumont, *op.cit.* (n. 134 above), pp. 163, 264–265.

¹⁴² *Ibid.*, at p. 2289; ultimately, the claim did not succeed because the outcome would not have been substantially different when this information had been given.

Аналогия права сталкивается с двумя ограничениями: конституционными ограничениями и вопросом сходства. Наш последний пример является наиболее спорным, но, не оценивая различные взгляды на его масштабные последствия,¹⁴³ будет полезно показать пределы использования аналогии права. Обсудив спорное дело, когда никакого сходства нельзя установить, я вернусь к вопросу о конституционных ограничениях аргументации по аналогии.

Европейский Суд Справедливости установил принцип ответственности государств-членов ЕС перед своими гражданами за нарушение законодательства Сообщества. Этот принцип был впервые сформулирован в деле *Francovich*¹⁴⁴, возникшего из отказа Италии включать директиву в национальное законодательство. Речь идет о Директиве № 80/987, устанавливающей условия для компенсации работникам в случае банкротства их работодателя. Работники, пострадавшие в результате несостоятельности работодателя, остались без защиты закона, поскольку Италия не инкорпорировала директивы ЕС в свое законодательство. Если выразиться точнее, Директива не стала актом прямого действия. Суд постановил, что, несмотря на прямо установленное принятием принципа полной ответственности государства в праве Сообщества, люди не могут воспользоваться правами, предоставленными Директивой, из-за бездействия государства. Без такой ответственности, пояснил Суд, отсутствуют санкции в отношении государства-члена, которое не инкорпорировало в национальное законодательство директивы для их непосредственного применения¹⁴⁵. Мы примем это решение, как пример, в качестве отправной точки.

В деле *Brasserie du Pecheur*¹⁴⁶ множество фактов было решено аналогичным образом. В обоих делах компенсация была запрошена физическими лицами от государств-членов, поскольку национальные законы оказались несовместимы с положениями Договора. Ответственность государства не могла быть применена не только в случае, когда директива не имела прямого действия, но и тогда, когда государство-член нарушает положения договора, даже если это положение имеет прямое действие.

Если в решении *Brasserie du Pecheur* провести аналогию с делом *Francovich*, то, во-первых, они имеют существенное сходство в свете правовой ценности, на которую ориентирует дело *Francovich*. Суд обосновал свое решение на основе принципа наибольшей эффективности. Эта ценность не получила бы всеобщее значение, если бы в деле *Francovich* не была бы признана ответственность государства. Гражданин не будет иметь право на какие-либо возмещения там, где государство-член удосужилось придать директивам прямое действие. С другой стороны, в деле *Brasserie du Pecheur* принцип наибольшей эффективности применим до некоторой степени даже без государственной ответственности: прямое действие положений Договора позволяет отдельным лицам возбуждать дела в национальных судах против какого-либо положения, которое нарушает первичное законодательство. Компания *Brasserie* могла бы самостоятельно подать иск против закона Германии, устанавливающего требования к чистоте пива, что могло бы привести к признанию нормы недействительной и, следовательно, предотвратило бы причинение (многих) убытков данной компании. Таким образом, главный аргумент в деле *Francovich*, что без государственной ответственности физические лица в целом не могут реализовать свои права, не применяется. Тем не менее, принцип наибольшей эффективности действует здесь даже лучше, и этот аргумент принят Европейским Судом¹⁴⁷, где ответственность государства установлена субсидиарно. Гражданин может не только предотвратить любые нарушения положений Договора, но и, кроме того, получить компенсацию за любые потери, которые он понес. Дела, рассматриваемые в контексте этого принципа, действительно похожи, поскольку признание ответственности государства содействует принципу наибольшей эффек-

¹⁴³ Caranta, «Judicial Protection against member states: a new jus commune takes shape» (1995) 32 C.M.L.Rev. 703, at pp. 705-711, 724-726; Eidenmuller, case comment, 1997 Juristenzeitung 201; Hailbronner, «Staatshaftung bei saumiger Umsetzung von EG-Richtlinien» 1992 Juristenzeitung 284; Pieper, «Mitgliedstaatliche Haftung für die Nichtbeachtung von Gemeinschaftsrecht» 1992 Neue..Juristische Wochenszeitung 2454, at pp. 2457-8; Streinz & Leible, «S.taatshaftung wegen verspäteter Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie» 1996 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1931; Tatham, «Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre» 1993 C.D.E. 597, at pp. 602-603, 622-625; Wank, «Rechtsfortbildung» (n. 108 above), pp. 643-646; Wathelot & Raepenbusch, «La responsabilité des états membres en cas de violation du droit communautaire» 1997 C.D.E. 14, at pp. 19-24, 30-38; Zuleeg, «Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration» 1994 Juristenzeitung 1, at pp. 5-6.

¹⁴⁴ *Francovich and others v. Italy*, Cases 6 & 9/90, [1991] E.C.R. I 5357.

¹⁴⁵ *Ibid.*, at paras. 33-34.

¹⁴⁶ *Brasserie du Pecheur v. Germany & Regina v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame*, Cases 46 & 48/93, [1996] 1 C.M.L.R. 889.

¹⁴⁷ *Ibid.*, at paras. 20, 22.

тивности.

Однако дело усложняется, если такая интерпретация пересматривается с точки зрения конституционных ограничений. Даже если здесь не затрагиваются основные права граждан, суверенитет государств-членов оказывается под угрозой, как это следует из аргументов Правительства Германии: «Общее право физических лиц на компенсацию может быть создано только законодательством и ... признание такого права на основании судебного решения было бы несовместимо с распределением полномочий в отношениях между институтами Сообщества и государствами-членами ЕС, а также институциональным балансом, установленным Договором о ЕС»¹⁴⁸.

Таким образом, аналогия права предполагает, что распространение судом *ratio decidendi* дела *Francovich* на дело *Brasserie* не нарушает конституционную защиту суверенитета государств-членов ЕС. В этой связи возникает два вопроса.

Европейский Суд Справедливости отклонил аргументы Правительства Германии на основании того, что статьи 164, 177 и 215 Договора о ЕС обеспечивают легитимную основу для его интерпретации. Однако это утверждение сделано Судом без соответствующего обоснования. Нельзя отрицать право Суда легитимно развивать европейское право. Это полномочие, однако, реализуется с учетом ограничений Договора о ЕС, изложенных, например, в ст. 3b Договора. Суверенитет государств-членов ЕС является одним из основных пределов судебной активности на общеевропейском уровне¹⁴⁹. Поэтому Суд должен показать, что его интерпретация не нарушает конституционный принцип разделения властей между Сообществом и государствами-членами ЕС. Кроме того, дела *Francovich* и *Brasserie* отличаются еще в одном важном отношении. Ответственность государства там, где принцип наибольшей эффективности не является доступным для всех (как в деле *Francovich*), может быть обоснована следующим образом. Принцип наибольшей эффективности взвешивается против суверенитета государств-членов и делается вывод, что реализация наибольшей эффективности перевешивает автономию государств-членов. Это подтверждается тем фактом, что государство-член не выполняет директивы, нарушая тем самым свои обязанности. Однако, если принцип уже введен в действие с помощью других средств (как в деле *Brasserie*), то его дополнительное стимулирование за счет внедрения государственной ответственности с трудом перевешивает последующее вторжение в суверенитет государств-членов, учитывая, что государству-члену может быть неизвестно о том, что один из его статутов нарушает европейское право. Более того, суд в деле *Brasserie* не отменил статут, вызвавший нарушение, т.е. даже не попытался потребовать защиты против национального законодательства за нарушение права Сообщества¹⁵⁰.

IV. Краткие выводы

Аргументация по аналогии в европейском праве имеет две различные формы. Первая форма может быть названа аналогией закона, что характерно для континентального права. Вторая форма есть аналогия права и тесно связана с методом общего права.

Цель аналогии закона заключается в распространении сферы действия нормы на пробельный случай. Подобное распространение судом сферы применения закона должно быть тщательно обосновано, чтобы не нарушать баланс судебной и законодательной власти. Для обеспечения соблюдения этого принципа должны соблюдаться три требования¹⁵¹.

Во-первых, должен быть установлен пробел в законе. Судья, который хочет применить закон по аналогии, должен установить, что законодатель не намеревался исключить ситуацию из закона, о котором идет речь, но что это всего лишь его упущение. Это необходимое условие нами названо «квалифицированным молчанием»: судья должен убедиться, что принципы, ле-

¹⁴⁸ *Ibid.* para. 24; cf. also BGHZ 134, 30 где согласно германскому и европейскому праву в привлечении государства к ответственности было отказано.

¹⁴⁹ Для углубления дискуссии о позициях государств-членов ЕС см.: BVerfG *Brunner v. The European Union* [1994] 1 C.M.L.R. 57.

¹⁵⁰ Cf. the principle of German constitutional law that claiming damages for unlawful state action is dependent on previously attacking this state action BVerfGE 58, 300, at p. 322; *Ossenbuhl, Staatshaftungsrecht* (Munich 1991), pp. 179-184; Pfab, *Staatshaftung in Deutschland* (Munich 1997), pp. 100-139; the ECJ has considered this in relation to contributory negligence, *Brasserie du Pecheur v. Germany & Regina v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame*, Cases 46 & 48/93, [1996] 1 C.M.L.R. 889, at paras. 84-85; *Mulder v. Council of the EC*, Cases 104 & 37/90, [1992] E.C.R. 3061, at pp. 3136-7, para. 33.

¹⁵¹ See: pp. 482 et seq. above.

жащие в основе статута, позволяют применить аналогию и не содержат «квалифицированное молчание» делая запрашиваемые истцом средство судебной защиты не доступными¹⁵².

Во-вторых, аналогия закона запрещена там, где этого требуют конституционные ограничения. Последние включают в себя принцип *nulla poena sine lege*, требование законодательной основы для любого ограничения основных прав человека и – в европейском праве – защита автономии государств-членов Европейского Сообщества. Эти требования выражают общий принцип, что любое ограничение основных прав человека, или, если на то пошло, любое ограничение суверенитета государства-члена ЕС нуждаются в законных основаниях. Там, где законно действовать может только законодатель, суды не вправе расширять свои полномочия с помощью аналогии¹⁵³.

В-третьих, новый случай должен быть похож на случай, урегулированный в законе и выступающий нормативной основой для аналогии. Поскольку два случая часто схожи во многих отношениях, но в многих других отношениях также и различны, правоприменителю нужно выделить существенное сходство. *Ratio legis* действующей нормы выступает в качестве критерия (стандарта) для установления существенного сходства. Если два случая схожи в свете *ratio legis* закона, можно применить аналогию¹⁵⁴.

Второй способ рассуждений по аналогии именуется аналогией права¹⁵⁵. В своей основной форме она характерна для общего права, где аналогия права используется для применения прецедентного *ratio decidendi* к новому набору фактов. Суд общего права, применяя обязательный прецедент, должен соблюдать два требования¹⁵⁶. Первым требованием является квалифицированное молчание: судье, который хочет следовать определенному прецеденту либо решить дело совершенно заново, необходимо показать, что общее право не содержит квалифицированного молчания. Если квалифицированное молчание существует в форме прецедента, отказывающего в предоставлении средства защиты, которое суд хотел бы предоставить, то такое молчание может быть преодолено лишь путем отказа в применении прецедента по мотивам несхожести дел или его отмены, если суд вправе отменять прецеденты. Второе требование к аналогии права состоит в доказательстве того, что новое дело и прецедент схожи во всех существенных отношениях. Однако новое дело и прецедент могут быть в чем-то сходны, а в чем-то – значительно различаться. Критерий, согласно которому должно быть установлено существенное сходство, заключается в правовом обосновании, лежащем в основе прецедента или серии прецедентов.

Аналогия права не ограничивается традицией общего права. Рассуждая по методу *case-by-case*, суды всякий раз используют ту же самую технику, что и в континентальном праве с той лишь разницей, что прецеденты в континентальном праве не признаются источником права. Таким образом, аналогия права применяется не в силу обязательного характера прецедентов, но для достижения правовой определенности в применении неопределенных норм путем включения новых случаев в уже существующую систему прецедентов¹⁵⁷.

Обе формы аналогии с полным основанием могут быть использованы в европейском праве. Аналогия закона позволяет проводить аналогию с положением Договора о ЕС или нормой вторичного законодательства Европейского Сообщества. Это не может рассматриваться как узурпация судом полномочий, возложенных на Комиссию или Европарламент; аналогия закона позволяет судье добиваться внутренней согласованности права, принимая решение о сходных делах подобно законодателю¹⁵⁸. Более того, три требования к аналогии закона помогают предотвратить чрезмерный судебный активизм, запрещая аналогию там, где полномочия судьи вступают в конфликт с эксклюзивными полномочиями законодателя.

Аналогия права в настоящее время также применяется в европейском праве. При этом следует иметь в виду, что доктрина *stare decisis* в европейском праве не признается¹⁵⁹. Поэтому аналогия права проявляется не в контексте следования обязательным прецедентам, но в дости-

¹⁵² See: pp. 483 et seq. above.

¹⁵³ See: pp. 485 et seq. above.

¹⁵⁴ See: pp. 488 et seq. above.

¹⁵⁵ See: p. 503 above.

¹⁵⁶ See: pp. 490 et seq. above.

¹⁵⁷ See: pp. 495 et seq. above.

¹⁵⁸ See: p. 505 above.

¹⁵⁹ See: pp. 507 et seq. above.

жении правовой определенности в применении общих правовых принципов к отдельным случаям. Этот метод наиболее востребован там, где положение Договора о ЕС или общий принцип европейского права предусматривают общие цели, которые должны быть максимизированы и могут осуществляться по методу case-by-case юридически надежным способом¹⁶⁰.

Требования к аналогии права в европейском праве незначительно отличаются от аналогии в общем праве. Поскольку судебные прецеденты не являются здесь обязательными для нижестоящих судов, нет необходимости разграничивать или отменять такие прецеденты кроме как по причинам правовой определенности. Ядро аналогии права, основанной на существенном сходстве двух дел, более тесно связано с традицией общего права¹⁶¹. Если аналогия используется для интерпретации неписаного общего принципа права Сообщества, правовое обоснование серии прецедентов дает критерий для сравнения двух дел, подобно тому как дела сравниваются в общем праве. Если аналогия служит для включения дела в серию дел, рассмотренных на основании положения Договора о ЕС, предназначенного для максимизации определенной правовой ценности, критерий для сравнения заключается в *ratio legis* этого положения. Тем не менее, аналогия права не может применяться, если она нарушает конституционные ограничения европейского права. Там, где исключительно законодатель вправе законно ограничивать индивидуальные права европейских граждан и суверенитет государств-членов ЕС, судья не вправе применять аналогию для разрешения дел¹⁶².

¹⁶⁰ See: p. 503 above.

¹⁶¹ See: p. 504 above.

¹⁶² See: p. 500 above.