

УДК 347.9:343.1:161.2:340.1

DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.11.2017.3.208-226>

Ф. ШАУЭР<sup>1</sup>

Б. А. СПЕЛМАН<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Виргинский университет, г. Шарлотсвилль, США*

## КАЛИБРОВКА ЮРИДИЧЕСКИХ СУЖДЕНИЙ\*

**Цель:** исследование понятия и сущности калибровки юридических суждений, возможности ее применения в правоприменительной деятельности, а также изучение затрат и выгоды от ее применения.

**Методы:** диалектический подход к познанию социальных явлений, позволяющий проанализировать их в историческом развитии и функционировании в контексте совокупности объективных и субъективных факторов, который определил выбор следующих методов исследования: формально-юридического, сравнительно-правового, социологического, методов когнитивной психологии и философии.

**Результаты:** в повседневной жизни люди, оценивающие суждения других, обычно учитывают также другие суждения этих людей, тем самым производя калибровку оцениваемых высказываний. В качестве примера можно привести веб-сайт TripAdvisor, представляющий рейтинг ресторанов и отелей. Этот сайт дает возможность калибровки по предыдущим рейтингам данного оценщика. Эта информация позволяет пользователю определить, исходит ли оценка от человека, который восторженно хвалит все понравившиеся ему места, или от того, кому сложно угодить. Существуют и менее систематизированные области, например, оценка рекомендательных писем или приложений к диплому с перечнем оценок, но в целом мы повсеместно сталкиваемся с оценкой суждений путем их калибровки относительно прошлых суждений. При этом, несмотря на повсеместность и полезность калибровки, правовая система ее отвергает. Апелляционные суды не признают в качестве стандарта пересмотра дела обращение к прошлым решениям конкретного судьи. Аналогичную позицию занимают судьи при пересмотре правовых или административных решений, мировые судьи при оценке обоснованности заявления об ордере на обыск, члены суда присяжных при оценке заявлений свидетеля. В большинстве правовых областей калибровка с помощью прошлых решений либо отсутствует, либо происходит скрыто, поскольку органы, принимающие решения, не признают использования этого метода.

**Научная новизна:** в статье впервые обосновано, что органы правосудия не учитывают ранее вынесенные решения отдельных лиц и учреждений при оценке их текущих решений. Рассматривая одно лишь текущее решение и не пытаясь калибровать свое суждение на основании прошлых решений, кассационные суды и другие учреждения, пересматривающие решения, воплощают принцип партикуляризма (специализации), составляющий значительную часть американской юридической традиции.

**Практическая значимость:** основные положения и выводы статьи могут быть использованы в научной и педагогической деятельности при рассмотрении вопросов о калибровке юридических суждений.

**Ключевые слова:** калибровка юридических суждений; юридическое суждение; органы правосудия; суды

**Благодарность.** Авторы выражают благодарность участникам презентаций данной статьи, проходившим в Школе права Дьюкского университета, в Школе права Пенсильванского университета и в рамках Конгресса Международной ассоциации юридической и социальной философии в 2015 г. Особую благодарность за комментарии, ссылки и предоставленную информацию авторы выражают Мэтту Адлеру, Кейт Барлет, Уиллу Бодэ, Джорджу Кристи, Райну Дорфлеру, Джилл Фиш, Джошу Фишману, Эндрю Хайаши, Крэггу Конноту, Мэгги Лэмос, Полу Махони, Стефену Морзе, Нейлу Сигелу, Эндрю Волмеру и Эрни Янгу.

\* Впервые статья опубликована на английском языке издательством Oxford University Press от имени The John M. Olin Center for Law, Economics and Business at Harvard Law School. Данная статья распространяется на условиях открытого доступа по некоммерческой лицензии Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>), которая предусматривает некоммерческое использование, распространение и воспроизводство на любом носителе при условии корректного цитирования оригинала работы. По вопросам коммерческого использования обращаться по адресу: [journals.permissions@oup.com](mailto:journals.permissions@oup.com)

DOI:10.1093/jla/law010. На условиях расширенного доступа опубликовано 8 ноября 2016 г.

Цитирование оригинала статьи на английском языке: Schauer F., Spellman B. A. Calibrating Legal Judgments // Journal of Legal Analysis, 2017, vol. 9, No. 1, pp. 125–151.

**Как цитировать русскоязычную версию статьи:** Шауэр Ф., Спелман Б. А. Калибровка юридических суждений // Актуальные проблемы экономики и права. 2017. Т. 11, № 3. С. 208–226. DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.11.2017.3.208-226>

F. SCHAUER<sup>1</sup>

B. A. SPELLMAN<sup>1</sup>

<sup>1</sup> University of Virginia, Charlottesville, USA

## CALIBRATING LEGAL JUDGMENTS\*

**Objective:** to study the notion and essence of legal judgments calibration, the possibilities of using it in the law-enforcement activity; to explore the expenses and advantages of using it.

**Methods:** dialectic approach to the cognition of social phenomena, which enables to analyze them in historical development and functioning in the context of the integrity of objective and subjective factors; it determined the choice of the following research methods: formal-legal, comparative legal, sociological, methods of cognitive psychology and philosophy.

**Results:** In ordinary life, people who assess other people's judgments typically take into account the other judgments of those they are assessing in order to calibrate the judgment presently being assessed. The restaurant and hotel rating website TripAdvisor is exemplary, because it facilitates calibration by providing access to a rater's previous ratings. Such information allows a user to see whether a particular rating comes from a rater who is enthusiastic about every place she patronizes, or instead from someone who is incessantly hard to please. And even when less systematized, as in assessing a letter of recommendation or college transcript, calibration by recourse to the decisional history of those whose judgments are being assessed is ubiquitous. Yet despite the ubiquity and utility of such calibration, the legal system seems perversely to reject it. Appellate courts do not openly adjust their standard of review based on the previous judgments of the judge whose decision they are reviewing, nor do judges in reviewing legislative or administrative decisions, magistrates in evaluating search warrant representations, or jurors in assessing witness perception. In most legal domains, calibration by reference to the prior decisions of the reviewee is invisible, either because it does not exist or because reviewing bodies are unwilling to admit using what they in fact know and employ.

**Scientific novelty:** for the first time, the work substantiates that law is reluctant to take account of the past decisions of the individuals and institutions they are reviewing. By looking only at the particular decision under review, and not calibrating the posture of review on the basis of a history of decisions, reviewing courts and other reviewing institutions embody the particularism that is a large part of the American legal tradition.

**Practical significance:** the main provisions and conclusions of the article can be used in scientific and educational activity when viewing the issues of legal judgments calibration.

**Keywords:** Legal judgments calibration; Legal judgment; Legal bodies; Courts

**Acknowledgements.** Authors are grateful to the participants at presentations of this article at the Duke University School of Law, the University of Pennsylvania School of Law, and the 2015 Congress of the International Association of Legal and Social Philosophy. Comments, references, and information from Matt Adler, Kate Bartlett, Will Baude, George Christie, Ryan Doerfler, Jill Fisch, Josh Fischman, Andrew Hayashi, Craig Konnoth, Maggie Lemos, Paul Mahoney, Stephen Morse, Neil Siegel, Andrew Vollmer, and Ernie Young have been especially helpful.

**For citation of Russian version:** Schauer F., Spellman B. A. Calibrating Legal Judgments, *Actual Problems of Economics and Law*, 2017, vol. 11, No. 3, pp. 208–226. DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.11.2017.3.208-226>

\* Originally published by Oxford University Press on behalf of The John M. Olin Center for Law, Economics and Business at Harvard Law School. This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>), which permits non-commercial re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. For commercial re-use, please contact [journals.permissions@oup.com](mailto:journals.permissions@oup.com)

DOI: 10.1093/jla/law010. Advance Access published on November 8, 2016.

For original publication: Schauer F., Spellman B. A. Calibrating Legal Judgments // *Journal of Legal Analysis*, 2017, vol. 9, No. 1, pp. 125–151.

## 1. Введение

Лица, принимающие юридические решения, часто оценивают суждения других лиц, принимающих юридические решения. Так, Верховный суд оценивает суждения федеральных апелляционных судов и верховных судов штатов, те в свою очередь оценивают юридические и иногда фактические положения в решениях, вынесенных судами первой инстанции. Кроме того, в своей повседневной работе суды определяют юридическую обоснованность решений президентов, губернаторов, членов Конгресса, членов законодательных органов штатов, представителей органов исполнительной власти, полицейских, директоров школ, бесчисленных представителей административных органов. Мировые суды и судьи при вынесении решений о выдаче ордера на обыск аналогичным образом оценивают обоснованность представленных им доводов. И, конечно, присяжные наравне с судьями оценивают правдивость свидетелей, дающих показания в суде, ссылаясь при этом на свои прошлые суждения, основанные на восприятии, или оценочные суждения.

Когда такие ситуации возникают в повседневной жизни, люди, оценивающие решения других, часто стремятся подкрепить свою оценку, рассматривая также *другие* решения тех, чьи решения они в данный момент оценивают. Например, если приятель рекомендует нам ресторан или кинофильм, мы хотим знать о его реакции на другие рестораны или кинофильмы, желательно такие, о которых нам самим что-то известно, чтобы решить, стоит ли доверять его мнению. Если кто-то утверждает, что нам наверняка понравится его знакомый, как при свидании вслепую, мы хотим знать, какие люди нравятся этому человеку, чтобы решить, соглашаться ли на это знакомство. Если абитуриент сообщает, что его средний балл в школьном аттестате составил 3,6, то университет должен определить, какое место занимает этот результат в рейтинге других абитуриентов (отсюда значимость рейтинга по классам); аналогичным образом подобная информация необходима будущему работодателю, а читая рекомендательное письмо, мы хотим знать, пишет ли рекомендатель такие же хвалебные тексты всем, или никому, или что-то среднее.

Простым языком можно назвать этот процесс оценки чужих решений *калибровкой*, хотя, как будет показано ниже, такое бытовое понимание имеет отличия

от технического значения термина. Действительно, термин «калибровка» может означать несколько разных процессов, которые следует различать. Но пока мы обозначим «калибровку» как процесс, с помощью которого пользователь какого-либо измерительного устройства (или лицо, оценивающее какое-либо измерение) устанавливает соотношение между указанным измерением и неким релевантным стандартом. Так, мы калибруем весовую шкалу, устанавливая соотношение между показаниями шкалы и истинным весом объекта. Если шкала систематически показывает на пять фунтов меньше, а мы хотим знать, сколько мы на самом деле весим, то мы калибруем шкалу (или себя по отношению к шкале), прибавляя пять фунтов к показаниям шкалы или исправляя весы с учетом погрешности. Аналогично, мы учитываем, что некая линейка показывает чуть большую длину, чем на самом деле<sup>1</sup>, или стрелок целится чуть ниже, чем показывает прицел, если он знает из своего прошлого опыта, что при стрельбе строго по прицелу он всегда попадает выше.

Иногда такого рода калибровка подвергается систематизации. Так, колледжи и университеты иногда публикуют рейтинги по классам и другую информацию, чтобы работодатели и учреждения послевузовского образования могли определить, является ли балл 3,6 очень высоким или всего лишь чуть выше среднего<sup>2</sup>. Все чаще пользователи таких сайтов с отзывами о ресторанах и отелях, как TripAdvisor, и обращаются к истории отзывов конкретных авторов, чтобы решить, следует ли доверять восторженному отзыву, если его автор положительно отзывается о каждом месте, где побывал, или игнорировать отрицательный отзыв, если его автор обязательно говорит что-то плохое по любому поводу.

При этом, хотя такая калибровка используется повсеместно в обычной жизни и, на первый взгляд, приносит положительные результаты, юридическая

<sup>1</sup> В Оксфордском словаре английского языка [1, p. 318] указано, что «калибровать» означает «учитывать поправку на неточность» измерительного инструмента.

<sup>2</sup> Разумеется, ни дюймы, ни фунты не имеют метафизической сущности. Дюймы, фунты, метры, килограммы – это стандарты, созданные человеком. При этом, хотя стандартный метр, например, является созданием человека, линейка будет считаться точной, если результат измерений с ее помощью приближается к стандартной величине.

система отказывается применять этот метод или, по крайней мере, открыто признавать его. Если суд выносит решение по поводу отказа судьи по административным нарушениям назначить медицинские или социальные льготы, то он, вероятно, захочет узнать, часто ли этот конкретный судья отказывает в льготах или этот случай является экстраординарным<sup>3</sup>. В свою очередь, судья по административным делам при оценке назначения льгот или отказа от такого назначения государственным служащим также захочет иметь подробный отчет о мотивах принятия такого решения этим конкретным чиновником. Аналогичным образом, при рассмотрении решения суда первой инстанции о применении юридических или фактических мер против профсоюза апелляция суд может поинтересоваться, выносит ли обычно данный судья решения за или против профсоюзов, с тем чтобы соответственно откалибровать свое суждение. Таким же образом пересмотр Верховным судом смертного приговора, вынесенного судом низшей инстанции, может стать гораздо более обоснованным, если будет известно, является ли этот конкретный суд в большей степени сторонником или противником высшей меры наказания. Так же и член коллегии присяжных, оценивая показания свидетеля, что некто находился в состоянии алкогольного опьянения<sup>4</sup>, смог бы оце-

нить их как точные или преувеличенные, если бы имел доступ к описанию прошлых показаний этого свидетеля относительно степени опьянения.

Хотя кажется совершенно разумным желание судей, присяжных и апелляционных судов производить такую калибровку и хотя модель таких сайтов, как TripAdvisor, воплощает большую степень рациональности, судебная система обычно избегает такой калибровки. Или, возможно, точнее будет сказать, что судебная система стремится избежать признания, что такая калибровка существует, ведь на практике она довольно часто имеет место. Что бы ни думали судьи Апелляционного суда США о решении окружного судьи передать дело суду высшей инстанции, следуя Федеральному руководству о вынесении приговоров<sup>5</sup>, какой бы информацией о данном судье они ни обладали, получив ее из неформального расследования, личных контактов или сплетен, они, разумеется, не смогут в своем решении указать, что судья известен своей суровостью в вынесении приговоров или частой передачей дел в суды высшей инстанции<sup>6</sup>. На самом деле апелляция суду неприлично даже открыто интересоваться такой информацией, хотя судьям она может быть прекрасно известна по их прошлому опыту или по слухам. Что касается перекрестного допроса свидетеля по поводу точности его прошлых оценок, например, мнения о степени алкогольного опьянения или «ужасном» состоянии дороги<sup>7</sup>, то он может

<sup>3</sup> До того как стала широко использоваться абсолютная шкала средних баллов для [высших] школ права, предложенная компанией the US News and World Report, некоторые школы права включали в свой алгоритм приема учет средних оценок за курс средней школы, а также оценку результатов обучения абитуриентов в колледже. Тем самым школа права калибрует (или соизмеряет) средний школьный балл конкретного абитуриента относительно результатов прошлых абитуриентов – выпускников той же школы.

<sup>4</sup> О процедуре подачи заявки на льготное медицинское обслуживание по программе Medicare см. Закон Medicare Prescription Drug, Improvement, and Modernization Act of 2003, Pub. L. No. 108-173 §931(a)(1), 117 Stat. 2396, 2396-99, кодифицированный с поправками в 42 U.S.C. §§ 1395ff (2014); [2]. Об обращениях по поводу льгот по социальному обеспечению, большинство которых представляют собой льготы по инвалидности, см. 42 U.S.C. §405(b) (2014); [3]. Обзор решений и апелляций по многим федеральным программам предоставления льгот см. [4]. Система льгот для ветеранов [5, 6] представляет собой иную ситуацию, поскольку первоначальные заявления находятся в ведении Совета ветеранов, а затем апелляции поступают в Апелляционный суд США для ветеранов, согласно Закону о юридических апелляциях ветеранов (Veterans Judicial

Review Act, Pub. L. No. 100-687, 101 Stat. 4105 (1988)), однако для нашего исследования эти различия несущественны, так как здесь мы также имеем дело с системой вынесения суждений о суждениях других лиц.

<sup>5</sup> Субъективное свидетельство о степени интоксикации является таким видом умозаключения, или «мнения», которое признается повсеместно, хотя оно предполагает формулирование выводов, далеко выходящих за пределы простых наблюдений. Например, United States v. Denny, 48 Fed. Appx. 732, 737 (10th Cir. 2002); Singletary v. Secretary of HEW, 623 F.2d 217, 219 (2d Cir. 1980).

<sup>6</sup> См., например, United States v. Fuentes, 775 F.3d 213-218-20 (5th Cir. 2014) (поддержка передачи дела в вышестоящие инстанции); United States v. Rundle, 585 Fed. Appx. 813, 815 (3rd Cir. 2014) (отмена передачи дела в вышестоящие инстанции).

<sup>7</sup> О передаче дел согласно Руководству по вынесению приговоров см. в целом Gelacak, Nagel, & Johnson (1996). Передача дел в вышестоящие инстанции теперь ограничена, помимо прочего, решением по делу United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2004), однако мы не будем углубляться в детали процессов пересмотра дел или их отклонений; отметим лишь, что стандарт

быть запрещен на том основании, что перекрестный допрос должен касаться исключительно вопросов по данному делу<sup>8</sup>.

Цель настоящего исследования – изучить способы, с помощью которых такого рода калибровка может оказаться полезной в различных юридических контекстах, определить причины, по которым судебная система официально избегает того, что приносит положительные результаты во многих областях повседневной жизни и процессах принятия решений, а также изучить затраты и выгоды от применения более явно выраженной калибровки, чем та, которая используется в настоящее время. Мы не ставим целью давать рекомендации для проведения реформ. Мы лишь надеемся проанализировать и обсудить тему, до сих пор не получившую должного освещения при разработке и оценке юридических институтов.

## 2. Разновидности калибровки

Как указывалось ранее, мы используем термин «калибровка» в качестве общего обозначения нескольких различных процессов – различных способов, которыми можно оценить суждение другого человека. Прежде всего, мы рассматриваем основную идею, применимую ко всем ситуациям, которая состоит в том, что калибровка есть процесс установления или оценки отношения между неким инструментом измерения или измеряющим лицом и тем, что измеряется, с целью соотнести результат измерения с неким релевантным стандартом. Как в примерах с весами, линейками или оружейным прицелом, инструмент измерения является точным в той степени, в которой его показания соответствуют релевантному стандарту; инструмент измерения является точно калиброванным в той степени, в которой результаты некоего ряда его измерений демонстрируют постоянную, а значит, предсказуемую разницу между показаниями инструмента и «реальностью». Таким образом, если весы

показывают 150 фунтов при реальном весе в 145 фунтов, то они неверны на 5 фунтов, но будут считаться хорошо калиброванными, если погрешность составляет всегда 5 фунтов в одну сторону. Хотя весы неточны, но эта неточность является «надежной», то есть постоянной, и если при использовании этих весов применяют поправку на 5 фунтов, то эта поправка будет компенсировать неточность. Однако если весы неточны и поправка не является постоянной, то калибровка будет неэффективной.

Когда мы переходим от обсуждения таких механических приспособлений, как весы, линейки или оружейные прицелы, к обсуждению мнений человека, ситуация усложняется. Поскольку существует множество различных способов калибровки человеческих суждений, необходимо разложить комплексное понятие «калибровка» на составляющие, что может быть особенно сложно потому, что психологическая литература обычно рассматривает это явление в ином аспекте, чем необходимо для нашего исследования.

### 2.1. Психологические исследования калибровки

Понятие калибровки, преобладающее в психологической литературе, фокусируется вокруг соотношения между степенью *уверенности*, которую лицо, принимающее решение, испытывает к некоему суждению, и реальной истинности этого суждения [12, Article 29; 13–15]. Назовем это явление калибровкой по оси *уверенность – точность*. Несомненно, точность сама по себе является отношением между суждением и реальностью («базовой истиной»), поэтому в исследованиях калибровки по оси *уверенность – точность* различают два вида точности. Первая – это абсолютная точность, которую иногда называют «калибровкой в узком смысле», а вторая – относительная точность, также известная как «разрешительная способность», или «разграничение» [16, 17]. Разница между ними часто очень важна, но основная идея состоит в том, что лицо, принимающее решение, может быть в большей или меньшей степени уверено в своих суждениях, а эти суждения могут быть в большей или меньшей степени точными (верными), будь то в относительном или абсолютном смысле. В той мере, в какой степень уверенности лица, принимающего решение, соответствует вероятности того, что суждение верно, это лицо считается хорошо калиброванным (особенно в смысле абсолютной точности). И наоборот, лицо, принимающее решение, будет

пересмотра чрезвычайно детализирован. *Gall v. United States*, 552 U.S. 38, 45-52 (2007) (узаконивание стандарта на злоупотребление дискреционным правом при пересмотре дел согласно руководству по вынесению приговоров).

<sup>8</sup> *Young v. Illinois C.G. Ry.*, 618 F.2d 332, 337 (5th Cir. 1980) (отмена решения суда первой инстанции об отклонении субъективного свидетельства о «плохом» состоянии железнодорожного переезда).

считаться плохо калиброванным в той мере, в какой степень его уверенности превышает или не достигает степени вероятной точности суждения [12].

Предположим, к примеру, что некто оценивает скорость проезжающей мимо машины в 55 миль в час, плюс-минус 5 миль в час. Предположим также, что этот человек на 80 % уверен в точности своей оценки. Если в результате ряда испытаний окажется, что оценка действительно верна в 80 % случаев оценки скорости в указанном интервале, то можно сделать вывод, что данная оценка хорошо калибрована – степень уверенности оценщика является надежным предвестником вероятной точности прогноза. Но если точный прогноз делается лишь в 40 % случаев, хотя оценщик выражает уверенность на 80 %, или в 30 % случаев при уверенности в 50 %, или в 50 % случаев при уверенности в 30 %, то калибровка будет плохой. Хотя в среднем степень уверенности превышает степень точности, все же использовать данные прогнозы нельзя.

С другой стороны, представим оценщика, испытывающего в среднем высокую степень уверенности, но упорядоченного характера, то есть такого, который не показывает абсолютной уверенности, но показывает высокую степень относительной уверенности. Обратимся к примеру, приведенному Plous [18, р. 225]: «Предположим, что лицо, принимающее решения, показало 50%-ную точность при 70%-ной уверенности, 60%-ную точность при 80%-ной уверенности и 70%-ную точность при 90%-ной уверенности. В этом случае уверенность полностью коррелирует с точностью, хотя оценщик постоянно завышает свою оценку на 20 %». Хотя оценщик не точен в своих оценках, а также хотя оценщик не точен и в степени своей уверенности в своих оценках, единообразие (надежность) такого завышения оценки позволит провести калибровку и использовать выводы данного оценщика.

## 2.2. В чем отличие юридических суждений

Хотя в психологической литературе в основном рассматривается калибровка по оси *уверенность – точность*, при использовании в юридическом контексте она имеет очевидные недостатки. Это происходит потому, что лица, принимающие юридические решения, редко высказываются по поводу степени своей уверенности в своих выводах, а также часто не имеют возможности узнать «базовую истину».

Так, хотя в рамках судебного процесса свидетель, особенно во время перекрестного допроса, может выражать различную степень уверенности в фактах и наблюдениях, о которых он сообщает<sup>9</sup>, но редко можно услышать слова, показывающие что-либо, кроме полной уверенности в контексте *судебного* (а часто и административного) разбирательства. Судья Brandeis хорошо выразил этот феномен, когда писал, что обычно он испытывает меньшую степень уверенности (по его словам, 51 %), чем выражает в своем письменном заключении<sup>10</sup>. Таким же образом можно интерпретировать известный тезис Рональда Дворкина (Ronald Dworkin) об «одном верном ответе» [19, р. 199; 20, pp. 41–43, 266 pp. 3–5]. По утверждению Дворкина, судьи не считают, что есть только один правдивый ответ, но феноменология вынесения судебных решений такова, что судьи считают именно свое мнение верным, а отличные от него – неверными, независимо от реальной обоснованности такого положения вещей [21, pp. 93–95; 22, р. 10].

Поскольку судьи (так же, как полицейские, обращающиеся за ордером на обыск, или государственные служащие, принимающий административные решения), как правило, не описывают степень своей уверенности в своем суждении<sup>11</sup> и особенно неохотно признаются в относительно низком уровне такой уверенности, постольку основополагающая психологическая концепция калибровки плохо применима в юридических контекстах. Теоретически было бы полезно знать, являлось ли конкретное юридическое суждение верным или неверным, а также насколько судья был уверен в правильности своего суждения. Тем самым у наблюдателя появилась бы возможность определить, насколько степень уверенности судьи калибрована относительно вероятности того, что суждение судьи верно. Однако при

<sup>9</sup> Fed. R. Evid. Rule 611 (b). На эту тему один из соавторов настоящей статьи проводил масштабные экспериментальные исследования. [7–11].

<sup>10</sup> См. United States v. Peoples, 748 F.2d 934, 936 (4th Cir. 1984), где утверждается, что свидетельские показания о наблюдавшихся явлениях являются приемлемыми, даже если «выражены в неопределенных словах».

<sup>11</sup> Brandeis сравнивал себя с судьей Cardozo, который, по мнению Brandeis, считал необходимым быть на 100 % убежденным в своей точке зрения, прежде чем выносить устное или письменное суждение (Rauh et al. 1979, pp. 5, 12). Также см. Greenhouse (2005, pp. 12, 18), где описывается беседа, в которой старший судья Burger советовал судье Blackmun подавить колебания и написать заключение, выражающее полную уверенность в своем суждении.

принятии подобных решений базовая истина часто недоступна (или ее не существует), а степень уверенности крайне редко выражается открыто, поэтому калибровка в указанном смысле (которой посвящено большинство психологических исследований) имеет очень ограниченное значение для юридических суждений.

### 2.3. Забудем об аспекте уверенности – ограничимся калибровкой по точности

Поскольку в судебных и иных юридических контекстах открытое выражение степени уверенности встречается редко, более релевантная концепция калибровки будет связана не с соответствием между уверенностью и точностью, а с более простым аспектом соответствия между открыто выраженным суждением и реальным положением вещей. Это соотношение обычно понимают как точность, поэтому мы можем обозначить меру отношения между суждением и базовой истиной как *калибровку по точности*.

Калибровка по точности иллюстрируется примером с весами, которые всегда показывают на пять фунтов больше, или с линейкой, которая показывает длину короче на одну восьмую дюйма. Таким образом, если мы подставим на место механического устройства человека – например, свидетеля, – то можем представить себе, что он, как в ярмарочном аттракционе «Угадай свой вес», оценивает вес других людей. Если он постоянно оценивает вес на пять фунтов больше, чем в реальности, то мы можем калибровать его суждения, всегда вычитая пять фунтов из его оценки. Такая поправка увеличит точность итоговой оценки.

Теперь предположим, что мы имеем дело со свидетелем в суде или с показаниями очевидца преступления. Он сообщает, что выбежавший из банка человек в маске, с мешком, размахивавший пистолетом, весил около 200 фунтов. Если это показания в полиции, то полицейский может (теоретически, хотя на практике это происходит редко) спросить свидетеля, оценивает ли он обычно вес других людей точно или склонен завышать или занижать его. Если же данная оценка дается в зале суда во время перекрестного допроса, то свидетеля могут спросить, опять же скорее в теории, чем на практике, насколько точны были его оценки веса других людей в других случаях.

В другом случае адвокат противной стороны может, в рамках либеральной интерпретации правил, регулирующих использование прошлых действий для

обоснования поведения в настоящем, предоставить доказательство неверной оценки свидетелем значимости других людей в прошлом. В любом случае идея будет состоять в том, чтобы калибровать точность показаний свидетеля в данном деле, исходя из степени точности его суждений в прошлом. Если будет приведена история неточных суждений, то рациональный подход к оценке данного свидетельства будет состоять во внесении соответствующих поправок к показаниям.

Если такого рода история суждений будет выявлена во время перекрестного допроса, то допрос, скорее всего, будет приостановлен, например, со ссылкой на Федеральное положение о даче свидетельских показаний (Federal Rule of Evidence 611), согласно которому обычно запрещается сообщать о событиях, не имеющих отношения к текущему процессу<sup>12</sup>. Хотя лицу, решающему вопрос достоверности факта, возможно, было бы очень полезно откалибровать свидетельские показания с помощью описанного метода, однако судебная система не позволяет калибровать фактические показания относительно точности других подобных суждений, вынесенных ранее тем же свидетелем<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Возможны два исключения из этого утверждения. Одно возникает в случае гражданских дел против государственных чиновников в рамках Закона 42 U.S.C. § 1983 (или в случае с чиновниками федерального уровня *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388 (1971)), когда только нарушение «явно установленного закона» (см. *Wilson v. Layne*, 526 U.S. 603 (1999); *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982)) может привести к юридической ответственности, несмотря на требования условного иммунитета. Второе исключение возникает в таких ситуациях (среди которых самым очевидным будет незаконная юридическая практика [23]), когда вопросы состояния права являются вопросами факта. Так, судья в деле о гражданских правах может постановить, что состояние права не позволяет определить, имело ли место нарушение явно установленного закона, а свидетель – специалист по незаконной юридической практике – может лишь утверждать, что, к примеру, состояние права было предположительно таким-то, но определенно не таким-то.

<sup>13</sup> Это в определенной степени преувеличение, частично потому, что различные юрисдикции имеют более широкие или узкие масштабы ограничений на перекрестные допросы [24, pp. 603–605], частично потому, что очень многие аспекты отдаются на усмотрение конкретного судьи первой инстанции, а частично потому, что судьи первой инстанции по-разному понимают Правило 611 о перекрестных допросах относительно «аспектов, влияющих на надежность свидетеля». В результате мы можем только заявить, что предлагаемая нами точка зрения поддерживает более широкий масштаб перекрестных допросов и опровергающих доказательств, чем применяемый в настоящее время на уровне федеральной юридической системы и юридических систем отдельных штатов.

Далее мы вернемся к примеру с фактическими показаниями, но даже такая форма калибровки может иметь ограниченное применение в случае юридических суждений (в отличие от фактических), которые часто выносятся судами и другими юридическими институтами и затем подвергаются пересмотру. В отличие от оценки веса и других фактических показаний установление базовой истины юридического суждения оказывается более сложным делом. Однако оно, разумеется, достижимо. Например, кассационный суд может поинтересоваться, как часто суд первой инстанции допускал явные ошибки<sup>14</sup>. Суд может заняться подробным изучением юридических суждений судьи первой инстанции, чьи решения часто отменялись апелляционными судами, хотя при этом в ситуации правовой неопределенности может учитывать и те вопросы права, по которым решения данного судьи первой инстанции получали поддержку. Кассационный суд может использовать статистику отмененных решений данного судьи первой инстанции, чтобы калибровать вероятность точности юридических заключений данного судьи в условиях правовой неопределенности.

Хотя такого рода калибровка возможна, на практике ее применение крайне маловероятно, особенно если учесть, что дела, в которых предполагаются четкие ответы, реже подвергаются пересмотру [26], так как обычно решения по делам, касающимся вопросов права, и даже смешанного характера – касающимся вопросов права и вопросов факта, – нельзя определить как однозначно верные или неверные. В таких делах, как правило, присутствуют аспекты, для которых не существует базовой истины или она нам неизвестна. При этом кассационный орган может беспокоиться не столько о степени точности пересматриваемого решения с точки зрения базовой истины, сколько об оценке оценочного суждения, которое подвергается пересмотру. То есть речь идет не о фактической или юридической точности, а об оценке (попытке понять логику) оценочного суждения.

<sup>14</sup> Показания экспертов являются очевидным исключением, и обращение к другим оценкам данного эксперта представляет собой обычную практику при перекрестных допросах, особенно когда перекрестный допрос направлен на установление надежности, как в делах *Daubert v. Merrill Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 147 (1999), и *Fed. R. Ev.* 702.

#### 2.4. Калибровка оценочных суждений

Хотя апелляционные суды и другие институты, пересматривающие решения, иногда пересматривают фактические и юридические обоснования, имеющие относительно четкие верные или неверные ответы, гораздо чаще оценка суждений других возникает в таких контекстах, когда пересмотру подвергаются скорее оценочные суждения, чем фактические. В этом случае следует определить, как суды оценивают оценку. Когда апелляционный суд оценивает постановление суда нижестоящей инстанции о том, была ли *эффективной* помощь адвоката подзащитному<sup>15</sup>, был ли *оправдан* обыск без ордера<sup>16</sup>, были ли государственные интересы *существенными*<sup>17</sup> или *важными*<sup>18</sup>, отвечает ли механизм регулирования требованию *минимального ограничения* (по отношению к интересам, защищаемым Конституцией или законодательством)<sup>19</sup>, или должен ли подзащитный быть оправдан в порядке упрощенного судопроизводства на основании наличия или отсутствия *подлинного* спора о материальном факте, во всех этих случаях апелляционный суд сталкивается с необходимостью вынести оценку оценочного суж-

<sup>15</sup> В данном утверждении подразумевается, что отмена судебного решения является неким (очевидно несовершенным) указанием на верное юридическое суждение. Как заметил John Marshall' в деле *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803), закон, позволяющий осудить за измену на основании показаний всего одного свидетеля, является совершенно неконституционным в свете правила о двух свидетелях, изложенного в статье III, часть 3; отсюда следует, что существуют юридические решения, являющиеся неверными независимо от того, признает ли их таковыми какой-либо суд [25, pp. 124–147]. Мы признаем, однако, что особенно на уровне апелляционных судов и особенно в свете эффекта отбора [26] такие примеры явной юридической неточности редки. Однако в той мере, в какой некоторые юридические заключения являются верными или неверными, частота отмены решений может служить индикатором количества ошибок конкретного судьи.

<sup>16</sup> См. *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60, 76 (1942), где впервые была использована эта фраза, хотя данный принцип воплощается в Шестой поправке, как показано в деле *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).

<sup>17</sup> U.S. Const. amend. IV (запрет на «неоправданные обыски и аресты имущества»).

<sup>18</sup> См. *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Comm'n*, 447 U.S. 557, 564 (1980) (государственные интересы должны быть «существенными», чтобы оправдать ограничение на коммерческие выступления).

<sup>19</sup> См. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197–98 (1976) (дискриминация по признаку пола допустима только в случае, если она отвечает «важным» государственным интересам).

дения. При этом ему необходимо знать, какой шкалой пользовались те, кто выносил первоначальное решение, подвергающееся теперь пересмотру.

В таких ситуациях пересмотра решения калибровка приобретает иное значение, которое мы можем обозначить как *оценочную калибровку*. Точно так же, как университет или работодатель желает понимать, что означает средний балл 3,6 или потенциальный клиент ресторана или отеля хочет знать, что означают две звезды<sup>20</sup>, так же лица, оценивающие решения других, хотят произвести калибровку прошлых решений, не имеющих внутреннего значения или имеющих настолько широкое значение, что они не предполагают однозначно верного или неверного ответа. Конечно, вы можете быть (и должны быть) метафизическим реалистом – т. е. верить в существование реальности, независимой от разума, – относительно воды, гравитации или золота и даже относительно правильности альтруизма и недопустимости насилия по отношению к детям. Но существует очень немного метафизических реалистов относительно рейтинга отелей и ресторанов, рейтинга вин по 100-балльной шкале, которой широко пользуются специалисты по винам, или оценки типа А- или В+. Таким образом, когда мы хотим понять, является ли 88 баллов рейтинга вин, или две звезды, или средняя оценка в 3,6 балла хорошим или посредственным показателем, нам необходима информация о других показателях данного рейтинга<sup>21</sup>. Если ресторан получил три звезды из четырех возможных, хотя мы считаем этот ресторан ужасным, или если оценщик постоянно присваивает высокие оценки тем ресторанам, которые мы на основании личного опыта считаем посредственными, то мы можем проигнорировать или снизить оценку неизвестного нам ресторана данным оценщиком. Аналогичным образом, когда некоторые школы права

алгоритмически снижают (или повышают) средние баллы выпускников определенных учебных заведений, то они делают это на основе информации о реальной успеваемости этих выпускников в школе права. Если студенты – выпускники определенных учебных заведений постоянно показывают низкие результаты по сравнению со своим средним баллом, полученным в этом учебном заведении, то эта разница будет отражена в поправке – калибровке – индекса выпускников этих учебных заведений при поступлении.

Таким образом, говоря об оценочной калибровке, мы обращаем основное внимание не на точность. Мы в большей степени стараемся понять, что оценочное суждение другого человека означает в свете других суждений, известных лицу, принимающему решение, и тем самым в свете чего нам следует интерпретировать оценочную шкалу, применявшуюся этим лицом (или его предубежденность<sup>22</sup>). Если наша оценка этого более раннего суждения учитывает такое знание, значит, мы производим калибровку.

### 3. Отсутствие калибровки – норма?

Итак, мы предложили несколько потенциальных применений юридической калибровки. Теперь необходимо рассмотреть эти и другие применения подробнее. Это делается с целью изучить явление, которое, на первый взгляд, представляется нормой отсутствия калибровки, очевидной нормой поведения в юридической сфере, – когда судам запрещается или не рекомендуется рассматривать прошлые суждения с целью калибровки суждений, подвергающихся пересмотру в настоящее время, или официально и открыто признавать факт такой калибровки, если он все-таки имел место<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> См. *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751, 2784 (2014) (анализ применения принципа минимального ограничения в рамках Закона о восстановлении свободы вероисповедания (Religious Freedom Restoration Act, 42 U.S.C. § 2000bb–2000bb-4) (2012); *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656, 666 (2004) (доказывается, что Первая поправка требует проведения анализа принципа минимального ограничения).

<sup>21</sup> Даже не рассматривая вопрос об оценочной калибровке, нам также, разумеется, необходимо знать, какова шкала оценки. Например, для ресторанов высшей оценкой являются три звезды по шкале *Michelin Guide*, четыре звезды по шкале *New York Times* и до пяти звезд по другим шкалам.

<sup>22</sup> *Michelin Guide* описывает трехзвездочный ресторан как такой, «в который стоит приехать специально». Но если бы половина ресторанов в справочнике *Michelin* получили подобную оценку, то мы испытывали бы меньше желания совершить такое специальное путешествие, чем если бы такая оценка давалась менее чем одному проценту вошедших в рейтинг заведений, как это и происходит на самом деле (2012).

<sup>23</sup> В научной литературе существует много работ по проблеме оценки так называемых предубежденных рецензентов [27–29], однако термин «предубежденность» вносит нежелательный оттенок смысла. В некоторых ситуациях в целях выявления предубежденных рецензентов может оказаться необходимым применить калибровку, но это всего лишь крайний случай, тогда как ценность представляет калибровка всех рецензий от всех рецензентов.

Начнем с относительно простого примера. Предположим, что судья Верховного суда, не имеющий значительных предпочтений за или против смертной казни, должен пересмотреть решение Верховного суда штата о смертной казни, причем апелляция подана по причине процессуальных нарушений, неэффективной помощи адвоката или насильственных методов ведения дела. В этом случае судья Верховного суда может пожелать получить информацию о том, как часто суд низшей инстанции, решение которого он пересматривает, поддерживает смертные приговоры или, наоборот, отклоняет их<sup>24</sup>. Если такой суд чаще поддерживает смертные приговоры, то судья сочтет, что данный случай принадлежит к типичным, и будет оценивать его согласно тем стандартам, которые обычно применяет. Однако если суд, решение которого подвергается пересмотру, часто или почти всегда отклоняет смертные приговоры, то судья Верховного суда может внести соответствующую поправку, сделав вывод, что в этом случае основания для отмены решения очень слабы. И наоборот, если дело об отмене смертного приговора пришло из такого суда низшей инстанции, который обычно поддерживает смертные приговоры, то судья Верховного суда может сделать вывод, что такое решение будет иметь очень высокий рейтинг на шкале ошибок такого суда<sup>25</sup>. В той мере, в какой судья Верховного суда обладает информацией о прошлых решениях суда низшей инстанции, он будет калибровать текущее решение, или, говоря точнее, будет калибровать свое отношение к текущему решению в свете известных ему фактов, служащих релевантной шкалой.

<sup>24</sup> Говоря, что факты калибровки все-таки иногда имеют место, мы не имеем в виду ничего пагубного, но лишь предполагаем, что судьям часто известны прошлые решения законодательных органов, судов или агентств, чьи решения они пересматривают, и это знание может оказывать на них влияние, хотя они могут быть убеждены, что не должны принимать во внимание такую информацию. См. [30] о результатах исследования, согласно которым судьи часто были не в состоянии игнорировать известную им потенциально релевантную информацию, хотя они знали, что по закону не должны пользоваться этой информацией.

<sup>25</sup> См. [31], обзор настойчивых акций против вынесения смертных приговоров во время Девятой выездной судебной сессии в начале 1990-х гг.

Если мы утверждаем, что знание этих фактов позволяет судье, пересматривающему решение другого суда, произвести более точную калибровку пересматриваемого решения или более точно калибровать степень своего доверия к этому другому суду<sup>26</sup>, то встает вопрос, можно ли разрешать этому судье изучать эти прошлые решения. Если же калибровка уже произошла, то следует ли открыто признавать такую практику, к примеру, путем ссылок на эти прошлые решения в заключении судьи? Может ли судья открыто заявить, что рассматривает данное дело так скрупулезно именно потому, что предыдущие решения данного суда или судьи вызывали сомнения?

Пример со смертным приговором является в ряде аспектов нерепрезентативным, зато он вполне репрезентативен в других. Он показывает процесс апелляции, когда одни судьи пересматривают решения других судей<sup>27</sup>. Будь то апелляция на смертный приговор, поддержка или отклонение предложения об упрощенном делопроизводстве, решение поддержать или отклонить дело о противоречии закона штата

<sup>26</sup> Это явление относится к практике Верховного суда время от времени обозначать дело как крайне простое путем приписывания решения тому судье, который наименее всего известен как сторонник поддерживаемой позиции. Очевидно, что иногда такой же сигнал можно послать самим фактом единодушного решения, и хорошо известными примерами этого являются дела *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), и *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974). Но таким же сигналом является послание судьи *Rehnquist* анонимному судье в деле *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153 (1974), где четко обозначены пределы понятия «местных стандартов» в законе о непристойной информации в системе массовых коммуникаций, или послание судьи *White* анонимному судье в деле *Sable Communications v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989), где рассматривались ограничения в том же законе в контексте запрета на сексуальные услуги по телефону. В этих случаях приписывание поддержки тому судье, который был известен как противник такой позиции, служит сигналом, что этот случай является очень простым, причем этот сигнал предполагает скрытую калибровку со стороны широкой общественности.

<sup>27</sup> Данное утверждение предполагает, что стандарты пересмотра дел и степень внимания к решению предыдущей инстанции образуют некую шкалу, то есть может быть больше или меньше внимания, более или менее основательный пересмотр даже в рамках установленного стандарта. Например, рассмотрение дела заново может быть в большей или меньшей степени рассмотрением «с нуля», а суды, пересматривающие дела о произволе, могут вкладывать более или менее широкий смысл в понятие «произвол».

Конституции, или какой-либо иной из множества контекстов, когда требуется пересмотр оценочного суждения в апелляционном суде, – основное действие состоит в юридической оценке ранее вынесенных оценочных юридических суждений. И особенно в тех случаях, когда по закону требуется пересмотр, а не рассмотрение дела «с нуля»<sup>28</sup>, судьи, осуществляющие такой пересмотр, выиграли бы от возможности калибровать суждения, которые они пересматривают. Скорее всего, они также выиграли бы от возможности получить больше информации о других суждениях того, чьи решения они пересматривают, как это происходит с читателем обзора мнений о ресторане, когда он узнает о других мнениях того же оценщика. Например, апелляционный суд пересматривает решение суда первой инстанции о рассмотрении дела в порядке упрощенного судопроизводства. Он скорее поддержит это решение, если будет знать, что данный нижестоящий суд крайне редко выносит такие решения. И наоборот, тщательнее рассмотрит все обстоятельства, если известно, что данный судья применяет упрощенное судопроизводство гораздо чаще своих коллег. Аналогичным образом мировой суд с подозрением отнесется к заявлению об ордере на обыск, если оно подано полицейским без должных на то оснований. И наоборот, такое же заявление будет поддержано, если оно исходит от полицейского, ранее подававшего только хорошо обоснованные заявления. Судье по административным делам, пересматривающему, например, отказ агентства в выплате социальной страховки, будет легче принять решение, если он будет знать, склонен ли данный конкретный чиновник удовлетворять или отклонять заявки на выплату страховки.

Хотя такая калибровка представляется разумной, существующая норма отсутствия калибровки препятствует получению и использованию информации о прошлых суждениях. Конгресс, законодательные органы штатов, органы исполнительной власти, судьи по административным делам, судьи низших инстанций, другие лица и институты выносят множество решений, которые подлежат пересмотру. Таким образом, каждое пересматриваемое решение

занимает определенное место на шкале данного лица или института. Однако, согласно норме отсутствия калибровки, суд или другой орган, осуществляющий пересмотр решения, не может, по крайней мере открыто и официально, получать или использовать такую потенциально ценную информацию. Так, суды не могут признаться, что тщательнее изучают дела о нарушениях Положения о торговле, исходящие от организаций, замеченных ранее в протекционизме<sup>29</sup>, или законы тех штатов, которые известны своей историей скрытого влияния религии на светское законодательство<sup>30</sup>, или мотивы тех штатов и муниципалитетов, которые склонны ограничивать свободу печати<sup>31</sup>. Апелляционные суды не обсуждают историю принятия решений конкретными судьями первой инстанции при поддержке или отклонении решения

<sup>29</sup> Когда дело действительно рассматривается заново, основа для пересматриваемого решения не имеет никакого или почти никакого значения. Но если стандарт пересмотра отличается от рассмотрения заново, то требуется некоторое внимание к этому решению, и именно в этом случае орган, производящий пересмотр, заинтересован в изучении шкалы, которой руководствуется предыдущий орган, и места данного дела на этой шкале. Например, когда Верховный суд пересматривает дело действительно на основании базовой истины, как в делах *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976), или *Williamson v. Lee Optical Of Oklahoma, Inc.*, 348 U.S. 483 (1955), то он проявляет большое внимание к решению суда нижней инстанции, и при этом суду важно знать, какого рода решения обычно выносит этот нижестоящий суд, чтобы иметь возможность более точно калибровать заложенные в нем стандарты пересмотра дел к данному решению и пересмотру дела в данном случае.

<sup>30</sup> Для штата проявление протекционистских мотивов фатально, см., например, *Vacchus Imports, Ltd. v. Dias*, 468 U.S. 263, 269-70 (1984), однако этот мотив бывает тщательно скрыт. См., например, *Kassel v. Consolidated Freightways, Inc.*, 450 U.S. 662, 676-78 (1981) (предположение, что заявленные штатом ограничения по соображениям безопасности имеют под собой другую цель); *Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, 352-53 (1977) (признание «подозрительными» оснований, выдвинутых штатом Северная Каролина для своей программы инспектирования яблок). Вопрос в том, может ли, должен ли и будет ли суд более тщательно исследовать на предмет протекционизма обоснования, выдвигаемые штатом или отраслью, известными своим протекционизмом, как, например, штат Нью-Йорк известен своим протекционизмом в отношении молочной промышленности. См., например, *H.C. Hood & Sons v. Dumond*, 336 U.S. 525 (1949); *Baldwin v. G.A.F. Seelig, Inc.*, 294 U.S. 511 (1935); *Mayflower Farms v. Ten Eyck*, 297 U.S. 266 (1936).

<sup>31</sup> Как в деле *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985) (отмена закона штата Алабама о «моменте молчания» по религиозным мотивам).

<sup>28</sup> Апелляционные суды часто пересматривают решения судов присяжных, но в этих случаях, как правило, пересматривается решение суда нижней инстанции передать дело суду присяжных либо отказ этого суда отменить приговор присяжных.

об упрощенном судопроизводстве или ходатайства о прекращении дела. Аналогично, чем бы ни руководствовались мировые суды при выдаче ордера на обыск, они не признаются, что требуют более существенных обоснований для удовлетворения запроса конкретных полицейских или отделов на основании известной им информации об обоснованности таких запросов в прошлом<sup>32</sup>.

Как отмечалось выше, подобные потенциальные возможности для применения калибровки возникают и в контексте суда присяжных (или судей, выступающих в роли лиц, решающих вопрос факта) при оценке свидетельских показаний. В этих случаях также редко получает одобрение калибровка относительно аналогичной истории принятия решений. Разумеется, иногда свидетели дают показания по таким фактическим вопросам, которые предполагают прямые ответы, либо ответом является «да» или «нет». Но часто показания касаются таких вопросов, как скорость, высота, вес, температура, настроение («он казался рассерженным»), состояние («он был пьян»), и целого ряда других вопросов, которые можно рассматривать как чисто фактические, так и оценочные (даже если они не являются нормативно оценочными) и которые можно во многом охарактеризовать как показания шкалы. Можно измерить скорость, высоту, вес, но также можно говорить о той или иной степени гнева, опьянения и многих других показателей, о которых часто говорят свидетели.

Когда свидетели дают показания по таким вопросам, которые подлежат измерению, возникают те же проблемы, что и при оценке кассационным судом решений суда низшей инстанции, законодательного органа, чиновника или судьи по административным делам. Здесь снова лицо, оценивающее показания свидетеля, может поинтересоваться, где на шкале данного свидетеля находится тот или иной вывод. Действительно, в теории идеальным свидетельством было бы, если оценивающая сторона – судья или коллегия присяжных – знает о прошлых суждениях данного свидетеля по такому вопросу, ответ на который уже известен оценщику. Если свидетель заявля-

ет, что Сюзан была в гневе, то было бы идеально, в теории, чтобы оценивающий данное суждение знал, как бы этот свидетель охарактеризовал степень гнева некоего Генри, известного ему, в случае, также известном оценщику. Этот сценарий напоминает ситуацию с оценкой ресторана, когда мы хотели бы знать, какую оценку дал данный критик тому ресторану, о котором у нас есть свое собственное мнение. Имея такую информацию, мы сможем калибровать мнение данного критика в нашем случае. Аналогично лицо, решающее вопрос факта, сможет наилучшим образом калибровать показания свидетеля по данному делу, если будет знать его предыдущие суждения по вопросам, известным этому лицу, знать, склонен ли данный свидетель давать точную или неточную информацию, преувеличивать или преуменьшать [7, 10, 11].

Такая идеальная ситуация, разумеется, почти никогда недостижима. Тем не менее на втором месте по степени полезности для лица, решающего вопрос факта, будет информация о других суждениях данного свидетеля, пусть и не по тем вопросам, которые известны данному лицу. Если бы такие суждения были известны, то лицо, решающее вопрос факта, могло бы получить представление об их соответствии некоему общепринятому стандарту оценки. В этом случае лицо, решающее вопрос факта, могло бы осуществить калибровку свидетельства, максимально доступную при существующих условиях, когда в отношении свидетелей во время судебного заседания обращение к таким вопросам невозможно<sup>33</sup>.

#### 4. Возможно, нет

Выше мы выдвинули гипотезу, что норма отсутствия калибровки в настоящее время превалирует. Согласно этой гипотезе, суды и другие апелляционные органы, как правило, не осуществляют калибровку своего стандарта оценки или степени доверия относительно информации, которую они имеют или могут получить, о прошлых решениях органа, чьи решения подвергаются пересмотру.

Оказывается, однако, что данная гипотеза имеет столько исключений, что возникает сомнение, а суще-

<sup>32</sup> См. *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936), которое в деле *Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Comm'r of Revenue*, 460 U.S. 575, 580 (1983) было интерпретировано как основанное, по крайней мере частично, на недопустимых мотивах ограничения свободы печати.

<sup>33</sup> Есть свидетельства, что судьи вообще не принимают во внимание результаты выдачи ордера на обыск [32, 33], т. е. не производят калибровку на основании прошлых решений данного полицейского, отдела или другого органа.

стует ли в действительности эта норма отсутствия калибровки. Например, мы знаем, что суды иногда проявляют особое внимание к тем несвязывающим прецедентам других юрисдикций, которые изложены в заключении особо уважаемого судьи (например, Генри Френдли) [34], или если считается, что судья<sup>34</sup> или суд имеет специальные знания по какой-либо теме (как, например, Вторая выездная судебная сессия или Верховный суд штата Делавер в коммерческих делах [35, pp. 1350–1361]). Когда суд проявляет такое повышенное внимание, он фактически суммирует историю принятия решений этим судьей или судом, производя тем самым калибровку мнения на основе других мнений соответствующего авторитета<sup>35</sup>. Или возьмем «доклады об истребовании», которые подготавливаются сотрудниками канцелярии суда и используются судьями Верховного суда при вынесении решений об истребовании дела из производства нижестоящего суда. Оказывается, такие доклады содержат данные составивших их клерков [36]. Отсюда можно сделать вывод, что судьи Верховного суда калибруют рекомендации, содержащиеся в докладах, на основании (хотя бы частично) своего мнения о надежности клерка, составившего доклад<sup>36</sup>.

Еще более показательный пример против гипотезы о существовании нормы отсутствия калибровки – судебный надзор над органами исполнительной

власти. В этом контексте есть свидетельства того, что прошлые решения и действия агентства могут влиять на отношение надзорного органа [38]. Такая практика «стандартов для конкретного агентства» при надзорных действиях началась, видимо, с реакции на действия Национального совета по трудовым отношениям (далее – НСТО), которая отличалась от реакции на действия других административных органов [39, 40], особенно при использовании данным агентством судебных решений в качестве законодательного инструмента, направленного на избежание ограничений, налагаемых Законом об административных процедурах, в отношении законотворчества в рамках агентств, а также на непропорционально большой (в сравнении с другими агентствами) разрыв между заявляемыми стандартами и результатами судебных решений. В результате некоторые наблюдатели (хотя и не те, которые были назначены кассационными судами) сочли, что судебный надзор над решениями НСТО производится более тщательно, чем над решениями других агентств, и это является следствием осведомленности кассационных судов о действиях данного агентства, хотя такая связь не признается открыто.

Подобный феномен был отмечен и даже одобрен и в более позднее время (ноябрь 2013 г.); например, Richard Pildes [41] утверждал, что учет различий между агентствами и их прошлых действий при оценке их нынешних решений является разумной реакцией на различия между этими агентствами в отношении их политической окраски, структуры, способа назначения руководящих кадров, вопросов, которые они призваны решать. Отсутствие такого учета, по мнению Pildes, отражает формалистическое стремление относиться ко всем агентствам как к равным, тогда как они не равны.

В данной работе мы не ставим целью изменить административное право. Однако тот факт, что прошлые решения какого-либо агентства принимаются во внимание судами при пересмотре решений этого агентства, предполагает возможность обобщения данного принципа. Если в определенных ситуациях для кассационного суда оказывается полезным и необходимым учитывать прошлые суждения данного агентства при определении масштабов и вида проверки суждения этого агентства в данном случае, то, возможно, это будет полезным и необходимым также

<sup>34</sup> Свидетели могут быть подвергнуты перекрестному допросу или их показания могут быть поставлены под сомнение на основании их надежности. Fed. R. Evid. 607, 611 (b). Причем эти процедуры обычно не ограничены «масштабами прямого требования закона». См., например, *United States v. Moore*, 917 F.2d 215, 222 (6th Cir. 1990). Однако надежность редко понимают настолько широко, чтобы разрешить масштабный перекрестный допрос или отстранение от дачи показаний, которые могли бы послужить калибровкой, обсуждаемой здесь; это происходит в особенности потому, что надежность обычно понимается как качество, направленное в основном на проблему точности, а не восприятия или суждения.

<sup>35</sup> См. *Morin Bldg. Projects Co., v. Baystone Const. Co.*, 717 F.2d 413 (7th Cir. 1983), в котором судья Posner характеризует другого судью как «опытного юриста из Индианы». 717 F.2d at 416-17. Также см. мнение судьи Easterbrook в деле *Covalt v. Carey Canada, Inc.*, 860 F.2d 1434, 1440 (7th Cir. 1988) (обращение к судьям как к «опытным юристам из Индианы»). См. также [34].

<sup>36</sup> Видимо, это явление направлено лишь в одну сторону. Нам неизвестно ни об одном случае, когда суд открыто отклонил бы какое-либо несвязывающее суждение на основании отрицательного отношения к мнению какого-либо судьи или суда.

в отношении судов и судей низшей инстанции?<sup>37</sup> Возможно, это будет полезным и необходимым для мирового суда при рассмотрении заявлений полицейских и отделов полиции о выдаче ордеров на обыск, или для судьи по административным делам – при пересмотре решений сотрудников или отделов агентств?

Оказывается, что такая калибровка на основании прошлых решений фактически существует. Например, Комиссия по ценным бумагам и биржевым операциям часто вынуждена оценивать точность и добросовестность положений регистрационных документов, заявлений о доверенности и периодических отчетов<sup>38</sup>. Однако при вынесении некоторых своих решений Комиссия применяет упрощенную процедуру с быстрой и поверхностной проверкой документов. Такая процедура применяется по отношению к организациям, известным тщательностью в ведении документации; она отменяется, если поступают свидетельства о неточностях в документах<sup>39</sup>. Следовательно, при вынесении суждения о правильности ведения документации Комиссия открыто производит калибровку степени тщательности относительно того, что известно о прошлых действиях индивида или организации, подвергающейся проверке<sup>40</sup>. Подобным образом аудит проводится Налоговым управлением США, хотя в этом случае данная практика используется менее открыто и менее (внешне) систематизированно, но и здесь степень тщательности при проведении аудита и последующих процедур зависит от конкретной истории конкретного налогопла-

тельщика<sup>41</sup>. И, разумеется, сам факт общественного отклика на более тщательные полицейские проверки «обычных подозреваемых» (и не только из-за фильма «Касабланка») доказывает, что прошлый опыт часто воспринимается как релевантный источник информации при принятии официальных решений.

Практика «стандартов для конкретного агентства» при надзорных действиях, как и другие приведенные здесь примеры, доказывает, что не только описанная форма калибровки хорошо известна в юридической практике, но и что выдвинутая нами в качестве гипотезы норма отсутствия калибровки в реальности отсутствует. Множество свидетельств доказывают, что кассационные органы действительно калибруют свои оценки пересматриваемых ими решений, используя при этом весь спектр суждений того, чьи решения подвергаются пересмотру. Это происходит аналогично тому, как пользователь сайта TripAdvisor калибрует свою оценку обзора, используя весь спектр мнений, высказанных ранее автором этого обзора<sup>42</sup>. Возможно, практика «стандартов для конкретного агентства» остается скорее исключением, чем правилом, но представляется более вероятным, что существует не столько норма отсутствия калибровки, сколько норма отсутствия признания этой калибровки. Даже когда калибровка имеет место, как в контексте административного права, оказывается, что она является

<sup>37</sup> Судья Blackmun, очевидно, также хотел знать имя судьи, который вынес решение по данному делу [36], возможно, с целью калибровки на основе личных качеств и компетенции (или ее отсутствия) данного судьи [37].

<sup>38</sup> В отличие от федеральных судей в рамках статьи III судьи по административным нарушениям подвергаются «аудиту», ведется регистрация их решений [42, 43]. Однако при этом неизвестно, учитывается ли данная информация при пересмотре решения конкретного судьи по административным нарушениям.

<sup>39</sup> См. [44, pp. 117–120 (пересмотр материалов регистрации), 471–475 (периодические отчеты), 493–506 (доверенности)].

<sup>40</sup> См., например, положения о «безопасной гавани» в Разделе 21E Закона об обмене ценных бумаг, 15 U.S.C. § 78u-5 (2014), положения об «эмитенте ценных бумаг с существующим рынком» согласно Правилу SEC 405, 17 C.F.R. § 230.405 (2015), положения о «дисквалификации недобросовестных участников рынка» согласно Положению D, Правило 506, 17 C.F.R. § 230.506(d) (2015), положения о рационализированных процедурах раскрытия информации согласно Правилу 144(c)(1), 17 C.F.R. § 230.144(c)(1).

<sup>41</sup> По иронии, данная комиссия является также одним из агентств, чьи суждения в рамках практики «стандартов для конкретного агентства» подлежат особенно тщательной проверке. «История постоянных отклонений законодательных актов комиссии по ценным бумагам и биржам со стороны выездного суда округа Колумбия свидетельствует об определенной степени недоверия по отношению к законодательным суждениям этой комиссии», – пишет Jill E. Fisch [45, p. 704], анализируя дело *Business Roundtable v. SEC*, 647 F.3d 1144, 1149 (D.C. Cir. 2011) и косвенным образом *Business Roundtable v. SEC*, 905 F.2d 406, 412 (D.C. Cir. 1990). См. также Fisch (2013), p. 705, где утверждается, что выездной суд округа Колумбия «из-за своего расположения и специализации особенно чувствителен к функционированию [определенных] органов государственного регулирования».

<sup>42</sup> Налоговое управление США использует так называемый алгоритм классифицирующей функции для определения объектов своего аудита, однако подробности этого алгоритма строго засекречены [46, pp. 159–167]. В недавней рассылке бывший юрист Налогового управления заметил, что «если в ходе аудита обнаруживаются нарушения, аудит данного лица будет производиться также в последующие пять лет» (см. Jaffke, Cheyanna. 2016. TaxProf list, March 3, 2016).

скорее следствием выводов, сделанных внешними наблюдателями, как в примере с НСТО, чем открыто признаваемым действием самого кассационного суда.

Из вышеизложенного следует, что норма отсутствия калибровки существует благодаря исключениям и нежеланию признавать калибровки, когда она имеет место. Тогда возникает вопрос, чем можно объяснить нежелание пользоваться этим способом или хотя бы признать практику его использования, несмотря на то, что в реальности он используется повсеместно – не только на сайте TripAdvisor, но и при принятии решений во множестве других сфер нашей жизни.

### 5. Ограничения калибровки

Если мы согласимся, следуя большому опыту в неюридической сфере и некоторым примерам из юридической сферы, что калибровка может быть потенциально полезной; если мы правы в том, что калибровка становится точнее, если мы имеем информацию о прошлых суждениях того лица или органа, суждения которого мы оцениваем в настоящий момент; и если мы правы в том, что такую информацию иногда невозможно получить, а ее использование в юридической сфере почти всегда отрицается<sup>43</sup>, тогда нужно понять, почему так происходит.

Один из возможных ответов на этот вопрос состоит в том, что право считается чрезвычайно самодостаточным институтом [47, pp. 1146–1148]. Будь то ученые-юристы, которые настаивают, что следует рассматривать дела «отдельно друг от друга» [48], будь то ориентация общего права на конкретные факты [49, 50] или общепризнанная недопустимость использования совершения определенных действий для доказательства возможности совершить их в данном случае<sup>44</sup>, – существуют значимые способы, с помощью которых правовая система по причине частного характера правосудия [51, 52], эффективности

партикуляризма или его всеобъемлющей идеологии<sup>45</sup> настойчиво отвергает идею обратить внимание на иные дела или вопросы, кроме того, которое находится на рассмотрении в данный момент<sup>46</sup>. Является ли право на самом деле сущностно партикуляристским – сказать сложно, но создается впечатление, что оно считает себя таковым. Так же сложно определить, желательно ли для права быть партикуляристским, но опять же оно, по всей видимости, считает, что это желательно. Таким образом, возможно, что отрицание калибровки относительно прошлого опыта принятия решения, хотя и явно присутствует во множестве примеров, которые обсуждались выше, объясняется на самом деле партикуляристским импульсом, присущим праву в целом.

Возможно, еще более значим тот факт, что калибровка в том смысле, в каком мы обсуждаем ее здесь, является одновременно как личностным – практически *ad hominem*, – так и внеправовым явлением. А если существует такое восприятие, то табу в отношении открытого использования калибровки информации может являться частью более масштабного табу на использование вообще любых неюридических сведений. Например, в той мере, в какой «федеральные судьи привычно отрицают, что при вынесении своих решений руководствуются чем-либо, кроме традиционных правовых принципов» [35, p. 1358], не приходится удивляться, что признание в применении калибровки совершенно выходило бы за рамки стандарта. Юридические суждения и – шире – публичные юридические заявления обычно не предполагают никакого личностного элемента в рамках закона; они, как правило, призваны увековечивать как тайну закона, так и миф об отсутствии так называемых неправовых факторов<sup>47</sup>. Действительно, хотя мы и вы-

<sup>43</sup> То же происходит и при оценке самого сайта TripAdvisor, в той мере, в какой мы выбираем путеводители на основе наших суждений о корреляции прошлых рекомендаций данного путеводителя и наших предпочтений.

<sup>44</sup> См. дело *Blank v. Sullivan & Cromwell*, 418 F. Supp. 1 (S.D.N.Y.), в котором судья Motley отклонила идею о том, что ее собственная история принятия решений имеет отношение к ее способности вести дело о противодействии дискриминации.

<sup>45</sup> Это так называемое правило склонности, или правило характера, воплощенное, к примеру, в Правиле 404 Федерального свода норм доказательственного права.

<sup>46</sup> Один из соавторов данной статьи потратил много времени и чернил, споря с Schauer [46, 53, 54]. Другому соавтору, однако, больше интересен вопрос, насколько часто люди проявляют партикуляризм и в каких ситуациях [55].

<sup>47</sup> Видимо, фокусированность исключительно на рассматриваемом деле лежит в основе не только ограничений в процедуре перекрестного допроса согласно Правилу Fed. R. Evid 611, но и ограничений на использование недокументированных доказательств при оспаривании свидетельских показаний, что

двинули гипотезу о существовании нормы отсутствия калибровки, она слабо подтверждается надежными и общедоступными примерами; более обоснованной представляется гипотеза о том, что существует норма непризнания калибровки. Существование такой нормы более очевидно, а ее обоснование лучше соответствует тому, что изложено в настоящей работе.

Другие препятствия на пути применения калибровки носят более прагматический характер. Например, неясно, каким образом судьи и другие лица, принимающие решения в юридической сфере, могут получить информацию, которую они хотели бы использовать в процессе калибровки. Как они смогут узнавать о прошлых решениях и их последствиях? И даже если при современных возможностях доступа к электронной информации это станет реальным, можно ли сделать такую информацию более систематизированной, а следовательно, более проверяемой? При этом существует серьезный риск, что это приведет к такому расширению используемой юридической информации, что издержки, даже исключительно в сфере логистики и прагматики, намного превзойдут все преимущества.

Кроме того, неприятие калибровки может также отражать неэпистемологические мотивы. Так же, как в целом обращение судом к решениям других [65] часто отражает неэпистемологическое уважение к способностям других, так и нежелание апелляционного суда изучать историю принятия решений теми, кто находится под его надзором, может демонстрировать форму уважения, даже если оно эпистемологически не оправдано. Так, если апелляционный суд сообщает, что будет тщательнее проверять решения судьи низшей инстанции А, чем судьи Б, на основании прошлых решений этих судей, тем самым он выражает серьезное неуважение к судье А, чего система хотела бы избежать, даже если это неуважение полностью оправдано. Аналогично неэпистемологические мотивы институционального равенства заставляют относиться ко всем агентствам или судам низшей инстанции как к равным, даже если они таковыми не являются. Например, если Верховный суд открыто относится к решениям некоторых апелляционных судов с меньшим уважением, чем

к решениям других, он показывает тем самым меньшее уважение к первым, что несовместимо с целями правовой системы, хотя, возможно, и обосновано эпистемологически. Также, если Верховный суд более скептически относится к неким доводам одних штатов по сравнению с доводами других штатов по тем же проблемам, то тем самым он подрывает флер равенства, присущий федерализму, даже если этот флер основывается на шатких эпистемологических основаниях<sup>48</sup>.

И все же важно признать, что калибровка, даже в рамках существующих процедур, имеет место. Лица, принимающие решения в юридической сфере, частично применяют калибровку относительно собственных взглядов, или относительно принятого среднего показателя, или предполагая, что свидетель или судья низшей инстанции думают примерно как и они. Мы также считаем, что лица, принимающие юридические решения, особенно судьи, поступают именно так, как мы описываем здесь, но делают это скрытно, используя слухи, или газетные сообщения, или другим путем получая информацию, которую они теоретически не должны знать; и в первую очередь они используют информацию, в обладании которой они не должны признаваться открыто. В той мере, в какой это происходит, а значит, в той мере, в какой юристы используют калибровку относительно прошлых событий и решений, не признаваясь в этом, эту практику можно вынести на поверхность, сделав ее более систематической, законной, что будет иметь благотворный эффект. С другой стороны, если издержки калибровки окажутся таковы, что ее оптимальный масштаб окажется скромным, тогда норма отсутствия калибровки может помочь сохранять масштаб ее фактического применения на должном уровне.

## 6. Заключение

Право постоянно балансирует между общим и особенным. Общее выражается в стремлении во всем полагаться на правила, прецеденты, а также

предусмотрено Fed. R. Evid 608 (b). По поводу последнего см. о проблеме рассмотрения вопросов, «отдаленных от рассматриваемого дела». Доклад по Правилу 608(b) Юридического комитета Палаты представителей Конгресса США, в [56, p. 129].

<sup>48</sup> Здесь едва ли уместно помещать полный текст возражений на тезис, что судебные решения основаны исключительно на факторах, изложенных в юридических заключениях, но мнение, что официальные правовые документы лишь частично определяют юридические решения, изложено, например, в таких работах, как Frank [57], Hutcheson [58], Llewellyn [59] и [60], см. также в целом [61–64].

на различные принципы, максимы, каноны и другие аспекты всеобщности. В свою очередь, особенное в праве выражается, например, в самой идее метода общего права, в призывах выносить решения, подходящие для конкретного случая, руководствуясь фактами конкретной ситуации, а также в нежелании доказательственного права признавать прошлый опыт в качестве обоснования текущего образа действия, каким бы логичным и рациональным в вероятностном смысле ни был этот образ действия.

Это противоречие отражено в явном нежелании судебной системы позволить официально и открыто учитывать прошлые решения отдельных лиц и учреждений при оценке их текущих решений. Рассматривая одно лишь текущее решение и не пытаясь калибровать свое суждение на основании прошлых

решений, кассационные суды и другие учреждения, пересматривающие решения, воплощают принцип партикуляризма (специализации), составляющий значительную часть американской юридической традиции. Однако принцип всеобщности также является существенной частью правовой традиции как в США, так и во всем мире [46]. При оценке решений без учета калибровки на основании истории прошлых решений учреждения, пересматривающие решения, отдают предпочтение партикуляризму (специализации) не только относительно всеобщности, но и относительно точности. В некоторых контекстах это может быть правильным решением. Однако в других ситуациях это не так, и можно предположить, что иногда право могло бы кое-чему поучиться у таких структур, как TripAdvisor.

#### Список литературы / References

1. *Oxford English Dictionary*, Compact Edition, Oxford: Oxford University Press, 1971.
2. Kinney E. D. The Accidental Administrative Law of the Medicare Program, *Yale J. Health Pol'y L. & Ethics*, 2015, vol. 15, p. 111.
3. Wolfe J. S. Civil Justice Reform in Social Security Adjudications, *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary*, 2013, vol. 33, pp. 137–213.
4. Morley M. The Case Against a Specialized Court for Federal Benefits Appeals, *Fed. Cir. BJ*, 2008, vol. 17, pp. 379.
5. Artz R. J. What Veterans Would Gain from Administrative Procedure Act Adjudications, *Fed. L.*, 2015, vol. 62, pp. 14–16.
6. Ridgway J. D. The Veterans' Judicial Review Act Twenty Years Later: Confronting the New Complexities of Veterans Benefits System, *NYU Ann. Survey Am. L.*, 2010, vol. 66, pp. 251–298.
7. Spellman B. A., Tenney E. R. Credible testimony in and out of court, *Psychonomic bulletin & review*, 2010, vol. 17, No. 2, pp. 168–173.
8. Spellman B. A., Tenney E. R., Scalia M. J. Relying on other people's metamemory, *Successful remembering and successful forgetting: A festschrift in honor of Robert A. Bjork*, New York: Psychology Press, 2010, pp. 391–411.
9. Tenney E. R., Spellman B. A., MacCoun R. J. The benefits of knowing what you know (and what you don't): How calibration affects credibility, *Journal of Experimental Social Psychology*, 2008, vol. 44, No. 5, pp. 1368–1375.
10. Tenney E. R., MacCoun R. J., Spellman B. A., Hastie R. Calibration trumps confidence as a basis for witness credibility, *Psychological Science*, 2007, vol. 18, No. 1, pp. 46–50.
11. Tenney E. R., Spellman B. A., MacCoun R. *Expanding the Scope of Cross Examination So that Jurors Can Infer Witness Calibration*, 2006, available at: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=998593.htm](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=998593).
12. Bol L., Hacker D. J. Calibration research: where do we go from here?, *Frontiers in psychology*, 2012, vol. 3, p. 229.
13. Hacker D. J., Bol L., Keener M. C. Metacognition in education: A focus on calibration, *Handbook of metamemory and memory*, ed. J. Dunlosky, R. A. Bjork, New York: Taylor & Francis, 2008.
14. Krug K. The relationship between confidence and accuracy: Current thoughts of the literature and a new area of research, *Applied Psychology in Criminal Justice*, 2007, vol. 3, No. 1, pp. 7–41.
15. Luna K., Martín-Luengo B. Confidence–accuracy calibration with general knowledge and eyewitness memory cued recall questions, *Applied Cognitive Psychology*, 2012, vol. 26, No. 2, pp. 289–295.
16. Mengelkamp C., Bannert M. Accuracy of confidence judgments: Stability and generality in the learning process and predictive validity for learning outcome, *Memory & cognition*, 2010, vol. 38, No. 4, pp. 441–451.
17. Nietfeld J. L., Enders C. K., Schraw G. A Monte Carlo comparison of measures of relative and absolute monitoring accuracy, *Educational and Psychological Measurement*, 2006, vol. 66, No. 2, pp. 258–271.
18. Plous S. *The psychology of judgment and decision making*, McGraw-Hill Book Company, 1993.
19. Dworkin R. *A Matter of Principle*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.
20. Dworkin R. *Justice in Robes*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

21. Bix B. *Jurisprudence: Theory and Context*, 3<sup>rd</sup> ed., London: Sweet & Maxwell, 2003.
22. Posner R. A. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication, *NYU Ann. Surv. Am. L.*, 2007, vol. 63, pp. 9–14.
23. Meredith K. H., Brennan S. Y. Role of Expert Witnesses in Legal Malpractice Cases, *Maryland Bar Journal*, 2007, vol. 40, No. 1, p. 42.
24. Mueller C. B., Kirkpatrick L. C. *Evidence*, 5<sup>th</sup> ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.
25. Hart H. L. A., Green L. *The concept of law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.
26. Priest G. L., Klein B. The selection of disputes for litigation, *The Journal of Legal Studies*, 1984, vol. 13, No. 1, pp. 1–55.
27. Kuhlisch W., Roos M., Rothe J., Rudolph J., Scheuermann B., Stoyan D. A statistical approach to calibrating the scores of biased reviewers of scientific papers, *Metrika*, 2016, vol. 79, No. 1, pp. 37–57.
28. Lauw H. W., Lim E.-P., Wang K. Bias and controversy in evaluation systems, *IEEE Transactions on Knowledge and Data Engineering*, 2008, vol. 20, No. 11, pp. 1490–1504.
29. Roos M., Rothe J., Scheuermann B. How to Calibrate the Scores of Biased Reviewers by Quadratic Programming, *AAAI*, 2011.
30. Wistrich A. J., Guthrie C., Rachlinski J. J. Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding, *University of Pennsylvania Law Review*, 2005, pp. 1251–1345.
31. Fried C. Impudence, *The Supreme Court Review*, 1992, pp. 155–194.
32. Knight J., G. Mitu Gulati, & David F. Levi. How Bayesian Are Judges?, *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series*, 2016, vol. 2.
33. Rachlinski J. J., Guthrie C., Wistrich A. J. Probable cause, probability, and hindsight, *Journal of Empirical Legal Studies*, 2011, vol. 8, No. s1, pp. 72–98.
34. Klein D., Morrisroe D. The prestige and influence of individual judges on the US Courts of Appeals, *The Journal of Legal Studies*, 1999, vol. 28, No. 2, pp. 371–391.
35. Solomine M. E. Judicial Stratification and the Reputations of the United States Courts of Appeals, *Florida State University Law Review*, 2005, vol. 32, No. 4, pp. 1331–1364.
36. Wallander Z., Benesh S. C. Law Clerks as Advisors: A Look at the Blackmun Papers, *Marq. L. Rev.*, 2014, vol. 98, pp. 43–73.
37. Cameron C. M., Segal J. A., Songer D. Strategic auditing in a political hierarchy: An informational model of the Supreme Court's certiorari decisions, *American Political Science Review*, 2000, vol. 94, No. 1, pp. 101–116.
38. Levy R. E., Glicksman R. L. Agency-Specific Precedents, *Texas L. Rev.*, 2011, vol. 89, pp. 499–581.
39. Flynn J. The Costs and Benefits of Hiding the Ball: NLRB Policymaking and the Failure of Judicial Review, *B. U. L. Rev.*, 1995, vol. 75, pp. 387–446.
40. Winter Jr R. K. Judicial Review of Agency Decisions: The Labor Board and the Court, *The Supreme Court Review*, 1968, pp. 53–75.
41. Pildes R. H. Institutional Formalism and Realism in Constitutional and Public Law, *The Supreme Court Review*, 2014, vol. 2013, No. 1, pp. 1–54.
42. Mashaw J. L. *Social security hearings and appeals: A study of the Social Security Administration hearing system*, Lexington Books, 1978.
43. Mashaw J. L., Merrill R. A., Shane P. *Administrative Law: The American Public Law System: Cases and Materials*, 6<sup>th</sup> ed., St. Paul, MN: West Publishing, 2009.
44. Loss L., Seligman J. *Fundamentals of Securities Regulation*, 4<sup>th</sup> ed., New York: Aspen, 2001.
45. Fisch J. E. The Long Road Back: Business Roundtable and the Future of SEC Rulemaking, *Seattle U. L. Rev.*, 2013, vol. 36, pp. 695–730.
46. Schauer F. *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.
47. Solomon J. M. Juries, Social Norms, and Civil Justice, *Ala. L. Rev.*, 2014, vol. 65, pp. 1125–1203.
48. Sunstein C. R. *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.
49. Strauss D. A. *The living constitution*, New York: Oxford University Press, 2010.
50. Wright R. G. Dreams and formulas: The roles of particularism and principlism in the law, *Hofstra L. Rev.*, 2008, vol. 37, pp. 195–223.
51. Solum L. B. Equity and the Rule of Law, *NOMOS XXXVI: The Rule of Law* / ed. I. Shapiro, New York: New York University Press, 1994, pp. 120–147.
52. Solum L. B. Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging, *Metaphilosophy*, 2003, vol. 34, pp. 178–213.
53. Schauer F. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Oxford: Clarendon Press, 1991.
54. Schauer F. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

55. Spellman B. A. Individual Reasoning, *Intelligence Analysis: Behavioral and Social Scientific Foundations* / ed. B. Fischhoff, C. Chauvin, Washington, D.C.: National Academies Press, 2011, pp. 117–141.
56. Fisher G. *Evidence: 2015 Statutory and Case Supplement*, 3<sup>rd</sup> ed., New York: Foundation Press, 2015.
57. Frank J. *Law and the Modern Mind*, New York: Brentano's, 1930.
58. Hutcheson Jr J. C. Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision, *Cornell Lq.*, 1928, vol. 14, pp. 274–288.
59. Llewellyn K. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, New York Columbia, 1930.
60. Llewellyn K. N. *The theory of rules*, Chicago: University of Chicago Press, 2011.
61. Kennedy D. Freedom and constraint in adjudication: A critical phenomenology, *Journal of Legal Education*, 1986, vol. 36, No. 4, pp. 518–562.
62. Leiter B. *Naturalizing jurisprudence: Essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy*, New York: Oxford University Press, 2007.
63. Schauer F. Legal realism untamed, *Tex. L. Rev.*, 2012, vol. 91, pp. 749–780.
64. Twining W. *Karl Llewellyn and the realist movement*, New York: Cambridge University Press, 2012.
65. Soper P. *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*, Cambridge University Press, 2002.
66. Schauer F., Spellman B. A. Calibrating Legal Judgments, *Journal of Legal Analysis*, 2017, vol. 9, No. 1, pp. 125–151.

Дата поступления / Received 12.07.2017

Дата принятия в печать / Accepted 28.08.2017

Дата онлайн-размещения / Available online 25.09.2017

© Шауэр Ф., Спелман Б. А., 2017. Впервые опубликовано на русском языке в журнале «Актуальные проблемы экономики и права» (<http://apel.ieml.ru>), 25.09.2017

© Schauer F., Spellman B. A., 2017

#### Информация об авторах

Контактное лицо:

**Шауэр Фредерик**, почетный профессор права (стипендия Дэвида и Мэри Харрисон), Виргинский университет

Адрес: 580 Massie Road, Charlottesville, VA 22903, тел.: +1 (434) 924-6777

E-mail: [schauer@virginia.edu](mailto:schauer@virginia.edu)

**Спелман Барбара А.**, профессор права, Виргинский университет

Адрес: 580 Massie Road, Charlottesville, VA 22903, тел.: +1 (434) 243-4925

E-mail: [spellman@law.virginia.edu](mailto:spellman@law.virginia.edu)

#### Information about the authors

Contact:

**Frederick Schauer**, is David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law, University of Virginia

Address: 580 Massie Road, Charlottesville, VA 22903, tel.: +1 (434) 924-6777

E-mail: [schauer@virginia.edu](mailto:schauer@virginia.edu)

**Barbara A. Spellman**, Professor of Law, both at the University of Virginia

Address: 580 Massie Road, Charlottesville, VA 22903, tel.: +1 (434) 243-4925

E-mail: [spellman@law.virginia.edu](mailto:spellman@law.virginia.edu)