

**МИНОБРНАУКИ РОССИИ**  
**Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение**  
**высшего профессионального образования**  
**«Пензенский государственный университет»**

*На правах рукописи*

**ЕМЕЛИН**  
**Михаил Юрьевич**

**ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА**  
**В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ОБЩЕГО ПРАВА:**  
**НА ОСНОВЕ АНАЛИЗА ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ США**

Специальность 12.00.01 – теория и история права и государства;  
история учений о праве и государстве

Диссертация на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

**Научный руководитель:**  
**доктор юридических наук, доцент**  
**Фомин Алексей Александрович**

**Пенза - 2015**

## Оглавление

<b>Введение</b> .....	3
<b>Глава 1. Правовая доктрина как категория общего права</b> .....	18
1.1. Правовая доктрина как источник права .....	18
1.2. Роль правовой доктрины в основных правовых семьях .....	44
1.2.1. Правовая доктрина в романо-германской правовой семье .....	44
1.2.2. Правовая доктрина в английском праве .....	49
1.3. Правовая доктрина в правовой системе США .....	62
1.3.1. Влияние традиций общего и романо-германского права на правовую систему США .....	62
1.3.2. Понятие, место и особенности правовой доктрины в системе источников права США .....	68
<b>Глава 2. Значение правовой доктрины как источника права США</b> .....	81
2.1. Правовая доктрина и законодательство .....	81
2.1.1. Влияние правовой доктрины на формирование конституционных положений .....	81
2.1.2. Значение правовой доктрины в систематизации законодательства .....	94
2.2. Правовая доктрина в судебном правоприменении США .....	106
2.2.1. Судебная система США .....	106
2.2.2. Влияние правовой доктрины на позицию судей .....	109
2.2.3. Использование доктринальных источников в судебных решениях .....	115
2.3. Основные тенденции развития правовой доктрины как источника права США .....	146
<b>Глава 3. Перспективные направления использования доктрины в правовой системе России (на основе опыта США)</b> .....	156
<b>Заключение</b> .....	174
<b>Список литературы</b> .....	180

## Введение

**Актуальность темы.** На протяжении всей истории существования права мнения и позиции авторитетных юристов (ученых, общественных и политических деятелей) оказывают огромное влияние на формирование и развитие как отдельных правовых явлений и правовых средств, так и правовых систем в целом. В современных правовых семьях влияние доктрины проявляется по-разному: в одних проследить его практически невозможно в связи с усилением роли законодательства и, как следствие, отрицанием значительной роли правовой доктрины. В других правовых семьях сохраняются богатые традиции использования доктрины в юридической деятельности. Система общего права, в этом смысле – один из наиболее наглядных примеров признания и функционирования правовой доктрины в качестве источника права.

С эпохи появления общего права прошло достаточно много времени для того, чтобы оценить устойчивость и плодотворность правовой доктрины, возникшей еще в XII веке в Англии и получившей распространение по всему миру под воздействием процессов сначала колонизации, а затем глобализации. Причем речь не идет только о странах, образующих в настоящее время Содружество – объединение в составе Великобритании и ее бывших колоний, получивших независимость, однако целиком и полностью оставшихся в «поле» англосаксонского права. Глобализация сегодня выражается в рецепции элементов доктрины общего права и механизма ее воздействия на законодательство и судебную деятельность в странах, не относящихся к семье общего права. В частности, учитывая то обстоятельство, что Российская Федерация согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ поддерживает общемировые тенденции межгосударственной правовой интеграции, можно с полной уверенностью утверждать, что отечественная правовая доктрина неминуемо продолжит заимствовать не только достижения, но и, к сожалению, устаревшие, не соответствующие

национальным традициям российской правовой культуры элементы правовой доктрины стран общего права.

В свете сказанного вполне оправданным представляется обращение как к положительному, так и к негативному опыту использования юридической доктрины в качестве источника в странах общего права. При этом выбор для анализа правовой системы Соединенных Штатов Америки не случаен. Несмотря на то, что в семье общего права США являются относительно молодым государством, право США в рассматриваемом аспекте является наиболее адекватным отражением правовой реальности, поскольку проявляет как классические признаки общего права, так и многие тенденции, характеризующие глобальные сдвиги в правовых семьях. Под влиянием глобальных правовых процессов правовая доктрина в США приобрела совершенно особенные черты и свойства, с одной стороны, сохранив в себе основные традиции общего права, а с другой, восприняв ряд качеств права континентального. Правовая система США выступает своеобразной формой эволюции общего права и демонстрирует востребованность правовой доктрины в законотворческой и судебной практике, основные формы и механизмы функционирования правовой доктрины.

Текущие реалии таковы, что правовые системы современных государств расширяют свое взаимодействие, заимствуют принципы, категории и отдельные механизмы правового регулирования и нормотворчества. Традиционные элементы правовых систем в результате такого взаимодействия в современных условиях приобретают новые грани, особые качества, характеризующие возможности данных элементов, например, правовой доктрины в правовом регулировании и в праве в целом. Именно необходимостью изучения и поиска новых подходов и научно-практического отношения к правовой доктрине как источнику права (на основе анализа правовой системы США), оказывающему значительное и непрерывное воздействие на право и правовую систему любого демократического правового конституционного государства, в том числе и современной

России, его практического применения в законотворческой и судебной деятельности обусловлена актуальность настоящего диссертационного исследования.

**Степень разработанности проблематики исследования.** В последние годы российская юридическая наука уделяет повышенное внимание разработке и исследованию правовых доктрин как на уровне общей теории права, так и отраслевых юридических наук. Правовой доктрине посвящены диссертационные исследования Р.В. Пузикова «Юридическая доктрина в сфере правового регулирования» (2003 г.), А.А. Зозули «Доктрина в современном праве» (2006 г.), А.А. Васильева «Правовая доктрина как источник права» (2007 г.), С.В. Батуриной «Традиции российской правовой доктрины» (2008 г.), В.П. Мозолина «Современная доктрина и гражданское законодательство» (2008 г.), Д.Ю. Любитенко «Правовая доктрина Конституционного Суда Российской Федерации: общетеоретический аспект» (2011 г.) и т.д. Довольно детально концепция правовой доктрины с точки зрения теории источников права разработана С.В. Бошно в многочисленных публикация в периодической печати.

Однако перечисленные работы посвящены, главным образом, теоретическим аспектам понятия «правовая доктрина»: ее месту в системе источников права, выявлению исторических традиций, концептуальных ценностей и приоритетов, которые должны быть положены в основу современной правовой доктрины, абстрактному философско-правовому теоретизированию о самой возможности использования правовой доктрины в юридической практике и т.п.

О прикладной стороне применения правовой доктрины в качестве источника права чаще всего умалчивается. Повторяется распространенная ошибка: теория отрывается от практики, в результате чего уменьшаются возможности последующего использования понятия «правовой доктрины» в правотворческой и правоприменительной деятельности. Поэтому, чтобы не девальвировать практическую ценность категории «правовая доктрина»,

необходимо обращение к опыту тех стран, где имеет место формально-юридическое признание правовой доктрины в качестве официального источника права, в частности, США. Правовая система США, на наш взгляд, наиболее наглядно демонстрирует оба обозначенных аспекта: как фундаментально теоретическое, отражающее историческое воздействие правовой доктрины на развитие семьи общего права, так и чисто прикладное значение, которое приобретают доктринальные источники в правотворческих актах и решениях судов США.

При этом внимание, которое уделяется в отечественной юриспруденции правовой доктрине в общем праве и правовой системе США, ее месте, механизмам взаимодействия с другими источниками права, остается незначительным и характеризуется редкими упоминаниями в контексте исследований места доктрины в английском праве, которые обычно касаются указания на возможность выступать в качестве источника права в случае отсутствия прецедентных и законодательных норм. Подобные упоминания осуществляются после анализа роли трактатов авторитетных английских правоведов для общего права. Изучению специфики доктрины в современных условиях постоянных изменений, происходящих в общем праве, особенно наглядных на примере права США, отводится незначительное место. По указанной теме отсутствуют специальные монографические и диссертационные исследования.

Все вышесказанное, на наш взгляд, предопределяет необходимость рассмотрения на диссертационном уровне правовой доктрины США как источника в семье общего права, ее места и роли в правотворческой и судебной деятельности в качестве самостоятельного предмета научного познания с позиций общей теории права.

**Объектом** исследования является система общественных отношений, складывающихся в связи с существованием и функционированием правовой доктрины как источника общего права, характеризующегося специфическими свойствами и закономерностями в системе источников

права, взаимодействующего с иными элементами правовой системы и другими источниками права и оказывающего непосредственное воздействие на правовую систему государства.

**Предметом** исследования выступает система теоретических представлений о правовой доктрине, обладающей качествами, свойственными общему праву в целом и правовой системе США в частности, и подчиненной целям и задачам, стоящим перед правовой системой США, а также опыт практического воплощения и применения доктринальных положений в семье общего права на примере США.

**Целью** работы является комплексный общетеоретический анализ правовой доктрины как элемента правовой системы США, выявление тенденций и закономерностей ее существования в правовой системе представителя современного общего права.

Для достижения поставленной цели необходимо решить ряд **исследовательских задач**:

- сформировать общетеоретическую базу для исследования правовой доктрины в странах общего права путем определения авторского видения таких правовых категорий, как «источник права», «правовая наука», «правовая система» в контексте их соотношения с правовой доктриной;

- сформулировать понятие правовой доктрины, необходимое для решения поставленных в исследовании задач, провести сравнительный анализ отношения к доктрине как источнику права в основных правовых семьях современности;

- исследовать правовую доктрину как элемент правовой системы США: ее характер и особенности, принципы развития, связь с традициями общего и романо-германского права, место, занимаемое в системе источников права США;

- исследовать правовую доктрину сквозь призму основных форм права США: прецедента и законодательства, провести анализ опыта практического

включения доктринальных положений в процессы законотворчества и правоприменения;

- определить основные тенденции и направления развития правовой доктрины как элемента правовой системы США;

- на основе анализа опыта США выявить перспективы использования правовой доктрины в правовой системе Российской Федерации.

### **Методологическая основа диссертационного исследования.**

Обращение к теоретическим, историческим и современным проблемам роли и значения правовой доктрины в системе источников общего права потребовало использование широкого спектра концептуальных подходов и методов, выработанных наукой и апробированных практикой.

Диалектический метод, являющийся всеобщим методом познания правовой действительности, позволил глубоко исследовать теоретические закономерности существования и функционирования правовой доктрины как источника в семье общего права.

Системно-структурный метод способствовал авторскому обоснованию терминов «источник права», «правовая наука», «научно-правовое мышление», «правосознание», «толкование права» и ряда других в контексте их соотношения с правовой доктриной, изучению генетических, функциональных и структурных взаимосвязей правовой доктрины с законодательством, судебным правоприменением и иными компонентами правовой системы государства (на основе анализа правовой системы США).

Сравнительно-правовой и формально-юридический методы применялись в работе при анализе отечественного и зарубежного законодательства и судебной практики, характеризующих использование правовой доктрины в семье общего права и романо-германской правовой системе.

С помощью историко-правового метода исследованы процессы возникновения, становления и развития правовой доктрины в общем праве, а



также традиции, оказавшие влияния на положение правовой доктрины в праве США.

В диссертации активно используется распространенный в научной среде США эмпирический метод познания, связанный со сбором и изучением прецедентной базы, анализом имеющихся статистических данных. Кроме того, в определенном объеме (для анализа, прежде всего, эмпирического материала) в работе применялись функциональный, статистический, конкретно-социологический и другие специальные методы научного познания.

Перечисленные методы позволили не только комплексно и детально раскрыть непосредственный объект диссертационного исследования, т.е. провести обобщающий эффективный анализ теоретического, практического и правового материала правовой системы США, но и выявить перспективные направления внедрения юридической доктрины в правотворческую и правоприменительную деятельность в современной России.

**Теоретическую базу** исследования составляют труды отечественных и зарубежных правоведов, посвященные сравнительному правоведению, правовой системе США, источникам права, правовой доктрине, среди которых: Г.О. Аболонин, А.В. Аверин, С.С. Алексеев, Р.С. Байниязов, А. Барак, С.В. Батурина, Ж.-Л. Бержель, Л.Г. Берлявский, Г.Дж. Берман, С.В. Боботов, И.Ю. Богдановская, С.В. Бошно, У.К. Брайсон, А.А. Васильев, Н.Н. Вопленко, Р. Давид, О.А. Жидков, К. Жоффре-Спинози, О.В. Зайчук, А.А. Зозуля, В.В. Лазарев, С.В. Липень, Р. Кабрияк, Р. Кросс, Е.О. Мадаев, М.Н. Марченко, А.В. Малько, Н.И. Матузов, А.А. Мишин, В.С. Нерсисянц, Б.В. Николаев, А.И. Овчинников, Т.М. Пряхина, Р.В. Пузиков, М.М. Рассолов, А.Х. Саидов, А.Ю. Саломатин, Л.Р. Сюкияйнен, В.М. Шумилов, Е.Ф. Языков и др.

**Эмпирическую базу** исследования образуют доктринальные тексты как английского, так и американского происхождения, включая трактаты выдающихся английских правоведов, доктринальные труды «отцов-

основателей» США, исследования современных правоведов, академические работы в научных журналах и др.; Конституция и законодательные акты США, включая законодательные акты штатов, модельное законодательство и др.; решения Верховного суда США и других судов; законодательные и судебные акты Российской Федерации.

**Научная новизна работы** обусловлена поставленными целью и задачами и заключается в том, что диссертация представляет собой ранее не проводившееся в отечественной юриспруденции теоретико-правовое исследование происхождения, характерных свойств, функций правовой доктрины в системе источников стран общего права на основе анализа правовой системы США. Научная новизна исследования определяется не только выбором темы, но и подходом к ее изучению, а именно:

- новаторским характером отличаются положения диссертации, в которых правовая доктрина рассматривается в качестве источника права не только в содержательном, но и в формально-юридическом аспекте, обосновывается двойственная природа данного явления;

- в диссертации на основе достижений юридической науки раскрывается влияние на характер, место и роль правовой доктрины в правовой системе США двух различных традиций: традиции романо-германского и традиции общего права;

- впервые правовая доктрина в правовой системе США рассматривается в контексте ее взаимодействия с другими источниками права, т.е. осуществляется не только теоретический анализ правовой доктрины как категории права, но и оценивается ее прикладное значение, реальное положение и непосредственное воздействие на правотворческую и правоприменительную деятельность в странах общего права, в целом, и США, в частности, механизмы ее использования в решениях судов и цели, достигаемые правоприменителем с ее помощью;

- на примере правовой системы США раскрываются основные тенденции, внутренние и внешние процессы в семье общего права, связанные

с использованием правовой доктрины и ее значением как источника права в законотворческой деятельности, в систематизации законодательства, в судебном правоприменении;

- на основе анализа роли правовой доктрины в общем праве и правовой системе США определяются перспективные направления использования правовой доктрины в российской правотворческой и правоприменительной деятельности.

Научная новизна находит непосредственное выражение в следующих **основных положениях, выносимых на защиту:**

1. В диссертации формулируется авторское определение правовой доктрины, соответствующее целям диссертационного исследования. Правовая доктрина – система теоретических и научно обоснованных положений о праве, обладающих убеждающей силой, имеющих прикладное значение и санкционированных законодателем либо правоприменителем. Анализируя признаки правовой доктрины, особое внимание уделяется двум, которые обуславливают характер и формы применения правовой доктрины: 1) определяющим признаком правовой доктрины выступает ее авторитетность. Наличие убеждающей силы в этом смысле противопоставлено принуждению, поддерживающему регулятивные свойства других источников права; 2) наиболее сложным – опосредованность, т.е. возможность вступать в отношения по регулированию посредством санкционирования другими формами права.

2. Анализируя правовую доктрину в контексте теории источников права и соотнося ее с другими правовыми категориями, в диссертации обосновывается и последовательно исследуется ее двойственный характер, способность выступать как в содержательном аспекте, оказывая влияние и формируя взгляды законодателя и правоприменителя, так и формальном аспекте при обращении судей к доктринальным трудам при вынесении решения по делу.

3. Рассматривая основные черты правовой доктрины, автор приходит к выводу о том, что регулятивные функции правовой доктрины в праве США реализуются, в основном, путем включения их в законодательные акты либо путем использования судами в процессе правоприменительной (правотворческой) деятельности. Отстаивается позиция о том, что правовая доктрина приобретает юридическую силу только после ее санкционирования.

4. В диссертации проводится сравнительный анализ особенностей правовой доктрины в романо-германской семье и семье общего права. Аргументируется, что на роль и значение правовой доктрины в системе источников права США оказали влияние две противоположные традиции – традиция общего права, принципы которой заимствованы в английском праве и положены в основу правовой системы США, и традиция континентального права.

5. Доказывается, что в правовой системе и правовой науке США, в частности, и классическом общем праве, в целом, термин «правовая доктрина» не имеет столь четких очертаний как в континентальном праве ввиду наличия схожего понятия «судебная доктрина», являющегося результатом переноса общих принципов из одного прецедента в другой. Судебные доктрины имеют существенные отличия по своему характеру и роли в правовой системе. В правовой системе США «правовую» доктрину характеризуют такие термины, как: «юридическая литература», «юридическое письмо», «юридическая наука», «правовая теория». Понятие «правовая доктрина» включает в себя как университетскую науку, так и трактаты и фундаментальные труды правоведов, правовую периодику, многочисленные обзоры и ряд других вспомогательных ресурсов.

6. Делается вывод о том, что правовая доктрина в праве США не имеет такого системного и четко структурированного характера, как в системе романо-германского права. Доктрина в общем праве в меньшей степени тяготеет к глубоко разработанным трактатам, поскольку изначально

не была связана с построением системы права и обоснованием ее конструкций. Подчиняясь задаче разрешения конкретных споров, правовая доктрина в общем праве представляла собой руководство для судей и практиков, обзоры существующих источников права и комментарии по их применению. Именно поэтому правовая доктрина в США – явление хаотичное, которому присуща определенная бессистемность. Значение при этом приобретают не столько работы отдельных авторов, сколько цельные положения, имеющие характер общих принципов. Данная особенность отразилась на формах, в которых сосредоточена доктрина, способах ее применения, их вариативности.

7. В диссертации раскрывается взаимодействие правовой доктрины с законодательством, роль которого недооценивается в связи с большим значением прецедентного права в США. Правовая доктрина оказывает влияние на законодателя, формируя его представления о праве, о способах регулирования и особенностях правовой системы. Особенно наглядно влияние правовой доктрины раскрывается в толковании законодательных положений, прежде всего, Конституции США, при осуществлении которого мнения, изложенные в доктринальных источниках, приобретают статус принципов и идей, дополняющих и раскрывающих конституционные установления. Впервые обосновывается значение правовой доктрины в вопросе систематизации американского законодательства, в том числе при разработке модельных кодексов.

8. Выявляются и последовательно исследуются основные направления использования правовой доктрины судьями США при отправлении правосудия: для восполнения пробелов в праве, для толкования положений Конституции и законодательных актов, для установления принципов и закономерностей определенной юридической техники, в целях исторического, социологического и лингвистического анализа правовых конструкций и отдельных терминов, для аргументации выводов суда, учета

общественного мнения и мнения профессионалов по конкретным вопросам установления юридических фактов и их правовой квалификации.

9. На основе анализа судебных решений Верховного суда США обосновывается значение правовой доктрины при толковании и раскрытии принципов прецедентной практики. Доктринальные положения выступают в качестве ядра судебных доктрин, развиваемых в решениях судей, либо оказывают содействие в их развитии, дополняя и раскрывая процесс судейского правотворчества.

10. В ходе проведенного исследования выявляется роль доктрины для так называемой легитимации судебных решений, т.е. соотнесения их с представлениями о праве, которые существуют в обществе и, прежде всего, в научной среде. Аргументируется, что обращение к правовой доктрине придает судебным решениям дополнительную авторитетность, обоснованность и профессиональное уважение.

11. На основе изучения достижений юридической науки и правоприменительной практики США определяются общие тенденции развития правовой системы США, которые проецируются на эволюцию правовой доктрины, ее характер и занимаемое место в системе источников стран семьи общего права. Делается вывод, что вслед за смещением акцента в правовой системе США в сторону законодательного регулирования, правовая доктрина приобретает все более теоретизированный, отвлеченный характер, присущий странам романо-германской правовой семьи, взамен свойственной семье общего права чисто прикладной функции правовой доктрины. Возрастает роль использования доктрины при толковании законодательных положений.

Теоретический и эмпирический анализ правовой системы США свидетельствует о существенных изменениях классической для общего права функции правовой доктрины. Правовая доктрина по-прежнему активно используется в целях толкования конституционных положений, при пересмотре прецедентной практики, происходит увеличение количества

ссылок на доктринальные источники, расширение применения доктринальных источников за счет современных электронных и интернет ресурсов и трансформация вариантов их использования. В то же время имеет место все большее смещение к вспомогательной функции правовой доктрины в судебном правоприменении, уменьшается ее конструирующая роль в процессе вынесения судебных решений.

12. Обобщая опыт США, определяются перспективные направления участия правовой доктрины в правотворческом процессе Российской Федерации (внесение изменений в существующие нормативные правовые акты, устранение ошибок и пробелов правового регулирования; формирование новых институтов и отраслей законодательства; установление соответствия законодательства и общепризнанных принципов международного права; научное обеспечение и доктринальная систематизация законодательства субъектов РФ) и в судебном правоприменении (активное участие «друзей суда», вариативные ссылки на авторитетные мнения правоведов, формулирование судебных доктрин, доктринальное обобщение судебной практики). Обосновывается, что использование правовой доктрины при аргументации судебных решений способно оказать положительное влияние на судебное правоприменение: повысить прозрачность и обоснованность судебных решений, добавить авторитетность судебной позиции и обеспечить учет общественного и научного мнения, усилить единообразность применения правовых норм при осуществлении правосудия.

**Теоретическая значимость** работы заключается в том, что формируемые в ней выводы существенно дополняют знания о характере и значении правовой доктрины в правовых системах стран современного общего права, механизмах правотворческой и правоприменительной деятельности в США, способствуют развитию научного понимания теоретических основ восприятия правовой доктрины общим правом и правом США.

Сформулированные в работе положения дополняют и развивают соответствующие разделы теории государства и права. Проведенное диссертационное исследование расширяет основания для дальнейших общетеоретических и отраслевых разработок использования правовой доктрины в качестве источника права.

**Практическое значение** исследования заключается в возможности задействия полученных данных и выводов в практике судов Российской Федерации, при мотивировании решений с опорой на авторитетные научные мнения, в прикладных исследованиях и работах по вопросам построения системы источников права и включения в нее правовой доктрины.

Материалы диссертации можно использовать в учебном процессе при преподавании таких учебных курсов, как «Теория государства и права», «Проблемы теории государства и права», «Сравнительное правоведение», в частности при подготовке лекций, проведении семинарских занятий, написании учебно-методических и научных работ по исследуемой в диссертации проблематике.

**Апробация результатов исследования.** Основные положения и выводы диссертации обсуждались на заседаниях кафедры теории государства и права и политологии юридического факультета ФГБОУ ВПО «Пензенский государственный университет», отражены в 17 опубликованных работах, в том числе в 7 центральных журналах, рекомендованных в перечне ВАК, докладывались на научно-практических конференциях в Москве, Новосибирске, Пензе, Саратове и других городах, использовались при участии автора в грантовых проектах:

- государственное задание высшим учебным заведениям Министерства образования РФ 6.5691.2011 «Право на высшее образование: международные и конституционные гарантии». Номер государственной регистрации НИР: 01201256140,1212-1214 гг.;



- основной конкурс Российского гуманитарного научного фонда 2014 г. «Верховный суд США и обеспечение конституционного принципа равноправия».

**Структура** диссертации продиктована поставленными целью и задачами исследования и включает введение, три главы (шесть параграфов), заключение и список литературы.

## **Глава 1. Правовая доктрина как категория общего права**

### ***1.1. Правовая доктрина как источник права***

Прежде чем перейти к непосредственному анализу конкретного правового явления, необходимо определить предмет исследования, очертить его ощутимые границы, задать направления. Настоящее исследование направлено на анализ такого явления как правовая доктрина. Однако рассматривается оно под определенным углом – как источник права. Безусловно, это не самый неожиданный аспект, в котором обычно рассматривается правовая доктрина. Зачастую именно в таком контексте она анализируется в юридической литературе. Выводы при этом бывают порой диаметрально противоположными.

Для целей настоящего исследования нет необходимости глубокого погружения в теорию источников и форм права. Тем не менее, некоторый обзор распространенных точек зрения необходим для того, чтобы определиться с предметом исследования.

В этой связи для решения поставленных задач необходимо определить, что понимается под источником права, то есть в каком свете будет рассматриваться правовая доктрина.

Дело в том, что в современной юриспруденции понятие источника права далеко не однозначно. Поэтому правовая доктрина может рассматриваться с совершенно различных позиций. Прежде всего, необходимо установить, что же подразумевается под правовой доктриной как источником права.

До настоящего времени в стане правоведов нет единого подхода в вопросе определения, что такое источник права. Несмотря на согласие, что источником права являются факторы, его создающие, единое мнение о том, какие именно факторы его создают, отсутствует.

Причиной неоднозначности термина «источник права» является и семантическая многозначность слова «источник»<sup>1</sup>.

Общераспространенное мнение, что источник права – это сила, создающая право. Такой силой, прежде всего, называют государственную власть<sup>2</sup>. И не нужно связывать подобную постановку проблемы исключительно с марксистской и тем более советской методологией права, поскольку еще Д.И. Мейер писал о том, что «... закон ... не потому является источником права, что он есть воспроизведение юридического мировоззрения народа», а потому что «сила и значение закона – в его происхождении от общественной власти»<sup>3</sup>.

Вопрос об источниках и формах права является одним из центральных в юридической науке и неизбежно упирается в проблему правопонимания. В зависимости от того, какая философская парадигма принимается за основу при установлении сущности права, различается и подход к определению его источников. Иными словами, источники права для представителей естественного права и права позитивного будут видеться по-разному.

Об источниках права принято говорить в нескольких значениях: как о силах и факторах, оказывающих воздействие на появление права; исторических памятниках, из которых черпается знание о праве в прошлом и т.д.

Не редко смешиваются понятия содержательных и формальных источников права<sup>4</sup>. На наш взгляд, это самый тонкий вопрос, связанный с проблемой источников права.

---

<sup>1</sup> См.: Васильева Т.А. Понятие и значение источника права // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2010. № 73. С. 37-44.

<sup>2</sup> См.: Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. 1999. № 1. С. 98-107.

<sup>3</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право. Петроград: Типография «Двигатель», 1914 // Справочно-правовая система «Гарант» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.garant.ru>.

<sup>4</sup> См. подробнее: Иванюк О.А. Источник права: проблемы определения // Журнал российского права. 2007. № 9. С. 142-150; Рудковский В.А. Теоретические проблемы источников права // Философия права. 2005. № 3. С. 21-27.

Г.Ф. Шершеневич выделял следующие аспекты понятия источника права: 1) силы творящие право; 2) материалы, положенные в основу законодательства; 3) исторические памятники; 4) средства познания действующего права<sup>1</sup>.

В наиболее узком понимании источник права – это то, чем руководствуется практика в решении юридических дел<sup>2</sup>. В этом смысле принято говорить о форме права – внешнем выражении права. То есть источник права в формально-юридическом понимании – это форма внешнего выражения и закрепления правовых норм, способ объективирования государственной воли. При этом роль формы права заключается в том, чтобы структурировать социальные связи, упорядочивая содержание права и придавая ему государственно-властный характер<sup>3</sup>. В широком значении можно выделить следующие аспекты в понятии источников права: в материальном смысле – это материальные условия жизни общества, интересы и потребности людей; в идеологическом смысле – это различные правовые идеи, учения и доктрины, правосознание; и лишь в формально-юридическом смысле – это и есть форма права<sup>4</sup>.

Необходимо обратить внимание на то, что на современном этапе в российской правовой науке принято отождествлять понятие источника права и формы права при рассмотрении их в формально-юридическом смысле<sup>5</sup>. При этом их разграничение осуществляется лишь при необходимости рассмотреть материальные и другие факторы, предопределяющие формирование и функционирование права.

Если же обратиться к изначальному значению слов «источник» и «форма», то их значение, безусловно, не идентично. Если понятием «форма» обозначаются «контуры, внешние границы предмета, определяющие его

---

<sup>1</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 2. М., 1995. С. 5.

<sup>2</sup> См.: Общая теория права и государства / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1996. С. 143.

<sup>3</sup> См.: Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2004. С. 282.

<sup>4</sup> См.: Там же. С. 283.

<sup>5</sup> См.: Муравский В.А. О различии между источником и формой права // Российский юридический журнал. 2013. № 5. С. 63-73.

наружный вид, внешний облик»<sup>1</sup>, то под «источником» в буквальном смысле понимаются «причины существования, появления чего-либо»<sup>2</sup>, «то, из чего исходит, возникает, проистекает что-нибудь; исходная причина, основа происхождения чего-нибудь»<sup>3</sup>. Отталкиваясь от буквальной семантики слов, профессор Гарвардской школы Дж. Ч. Грэй, в частности, источниками права называет не только законодательные акты и судебные прецеденты, но и мнения экспертов, юриспруденцию как науку, а также мораль и справедливость<sup>4</sup>. Г.А. Гаджиев, критикуя распространенную в отечественной юридической науке точку зрения о признании источниками права только тех источников, которые являются ими в формально юридическом смысле, подчеркивает, что при таком подходе подменяются «атрибутивные, сущностные признаки, которыми обладают источники права, формально-юридическими признаками»<sup>5</sup>.

Фактическое сведение понятия «источник права» к понятию «форма права», на наш взгляд, скрывает от исследователя целый пласт факторов, способных оказывать непосредственное воздействие на формирование и функционирование правовых норм. Становясь на путь формально-юридического подхода к определению источников права, исследование факторов, под давлением которых сформировалась та или иная норма, сводится к перечислению социально-экономических, политических, идеологических и других условий, которые возможно оказали то или иное влияние на формирование норм права. Действие каждого из них при этом не так важно для исследователя, поскольку он погружен в изучение конечной

---

<sup>1</sup> Епишкин Н.И. Исторический словарь галлицизмов русского языка [Электронный ресурс]. Режим доступа: [http://www.ets.ru/pg/r/dict/gall\\_dict.htm](http://www.ets.ru/pg/r/dict/gall_dict.htm).

<sup>2</sup> Цит. по: Дмитриев Д.В. Толковый словарь русского языка [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/dmitriev/1694/источник>.

<sup>3</sup> Цит. по: Ушаков Д.Н. Толковый словарь [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/ИСТОЧНИК>.

<sup>4</sup> См.: Gray J.Ch. The nature and sources of the law. New York: Admant media corporation, 2005. P. 286.

<sup>5</sup> Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда РФ как новый источник российского гражданского права // Закон. 2006. № 11. С. 22.

формы. Поэтому механизмы и способы воздействия на право каждого из таких факторов не раскрываются, глубокий анализ им не проводится. Этот подход, возможно, обоснован строгой специализацией в современном научном знании, ограничивающей пределы исследования каждой из отраслей, однако он не в состоянии представить полную картину формирования и функционирования правовых норм.

Еще один важный аспект связан с разделением источников на источники права и источники познания права. Если в романо-германской правовой семье он в силу доминирования нормативного правового акта не так важен, то в системе общего права, где судьи при решении споров устанавливают наличие права, источники познания права приобретают огромное значение, особенно если имеется неопределенность по вопросу его наличия и отсутствия. Что может быть более информативным и обоснованным источником познания как не высококвалифицированный и детально проработанный доктринальный труд?

Некоторые исследователи выделяют такое понятие, как санкционированный источник права, который возникает в случае признания государством как юридически обязательных норм, имеющих неюридическую природу, т.е. созданных вне официальной системы нормотворчества<sup>1</sup>. Данное понятие включает два составляющих элемента: объективный источник содержания и субъективная форма существования содержания (правосознание). При этом в содержании таких источников права выделяют источник содержания нормы и источник ее юридической обязательности. Источником содержания нормы, в случае правовой доктрины, выступает текст (трактат, сочинение, научные труд или даже высказывание), а источником его обязательности правоприменительная практика. Решающую роль при этом играет второй элемент, поскольку именно практика

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Муравский В.А. О различии между источником и формой права // Российский юридический журнал. 2013. № 5. С. 63-73.

реализации правила поведения определяет, в какой мере оно применяется и степень его признания государством<sup>1</sup>.

Следует учитывать, что сам термин «правовая доктрина» может использоваться в различных значениях, например, обозначая юридическую науку, отдельное учение о праве или господствующие в обществе представления о праве<sup>2</sup>.

Так, по мнению С.В. Бошно, доктрина в самом первом приближении – это взгляды, завоевавшие признание общества, ученых, государства<sup>3</sup>.

Д.Ю. Любитенко характеризует правовую доктрину как систему «авторитетных и влияющих на законодателя представлений о должном образе права, отражающих сложившиеся в обществе культурные и прежде всего научные взгляды относительно надлежащего образа правового регулирования»<sup>4</sup>.

Правовую доктрину можно рассматривать и в широком контексте:

«а) как важнейшую часть правовой системы общества, представленную в виде систематизированных и общепринятых идей, взглядов, концепций и представлений о праве, государственно-правовых явлениях, о процессе правового воздействия на общественные отношения и т.д., которые нашли свое отражение в правоположениях, имеющих нормативное содержание и выступающих регуляторами общественных отношений;

б) как складывающийся в государстве образ политико-правовой действительности, отражающий социальные потребности современного общества и устанавливающийся в виде конкретного единства права и государства, права и политики, права и духовно-нравственных начал, наконец, права и культуры;

---

<sup>1</sup> См.: Муравский В.А. О различии между источником и формой права. С. 63-73..

<sup>2</sup> См.: Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права // Публично-правовые исследования (электронный журнал). 2012. № 2. С. 38-75.

<sup>3</sup> См.: Бошно С.В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. №12. С. 71.

<sup>4</sup> Любитенко Д.Ю. К вопросу о классификации правовых доктрин // Вестник Пермского университета. Вып. 4. 2010. С. 22.

в) как практическое воплощение политико-правовых преобразований, соответствующие идеалам, принципам и требованиям современного социального развития, способствующие воплощению данного идеала в правовое пространство государства, в силу чего данный идеал становится составляющей государственно-правовой действительности»<sup>1</sup>.

Е.В. Вавилин предлагает следующие значения для термина *юридическая доктрина*: «а) учение (теория) как совокупность теоретических положений о правовых явлениях; б) государственная программа (концепция) регулирования тех или иных отношений, постановка целей, задач, определение средств их реализации; в) совокупность общих начал, исходных конституирующих принципов права, поддерживаемых или санкционированных государством; г) руководящие теоретические принципы, основополагающие дефиниции; д) научные труды юристов»<sup>2</sup>.

Таким образом, доктрина может восприниматься в совершенно различных качествах. Тем не менее, если отбросить некоторое идеализирование свойств и значения правовой доктрины, то в широком смысле она воспринимается, прежде всего, «как устойчивая авторитетная научная теория, лежащая в основе формирования и функционирования большинства элементов правовой системы»<sup>3</sup>.

Излишне идеализированное представление о правовой доктрине как о феномене правовой жизни и основе правовой системы государства не соответствует целям настоящего исследования, так как подобное расширительное восприятие доктрины вызывает определенные сложности в ее изучении. Целью же настоящего исследования является рассмотрение

---

<sup>1</sup> Батурина С.В. Традиции российской правовой доктрины: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. С. 43.

<sup>2</sup> Вавилин Е.В. Тенденции развития отечественной правовой доктрины: механизм осуществления гражданских прав // Научные труды РАЮН. В 3-х томах. М., 2008. Вып. 8 Т. 1. С. 87.

<sup>3</sup> Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. Наук. Иркутск, 2012. С. 122.



правовой доктрины как источника права, прежде всего, с точки зрения его прикладного значения для правовой системы государства.

Слишком широкий подход к данному вопросу не помогает решать практические задачи, уводит исследователя от рассмотрения конкретных проблем и аспектов к наблюдению за своего рода «макрообъектами», умозрительными конструкциями, излишнему теоретизированию.

При этом без теоретического фундамента рассмотрение такого сложного и многогранного правового явления не представляется возможным. В этой связи разумным в деле изучения доктрины как источника права было бы рассмотреть ее с различных сторон, выделяемых и признаваемых юридическим сообществом в контексте общей теории источников права.

Как мы уже установили, термином «источники права» принято обозначать одновременно содержательные и формальные источники права. Данное деление можно принять за общепризнанное в юридической науке и вполне приемлемое для отправной точки в оценке и анализе правовой доктрины. Соответственно правовую доктрину можно рассматривать в двух аспектах: в содержательном и формальном. Более того, доктрина – одна из наиболее сложных категорий в этом смысле, поскольку ее содержательный элемент гораздо богаче, чем формальный.

С содержательной стороны понятие источника права включает в себя целый спектр явлений. «Это и самые разнообразные принципы: моральные, религиозные, философские, политические, социальные, идеологические – те, которые управляют позитивными правилами, служат их идеологической основой, и те, которые восходят к философии права. Это в равной мере и факты социальной действительности, и требования ситуации, складывающейся во времени, пространстве, в области технических средств права, определяющих его ориентацию и содержание. Одним словом, это прежде всего «созидательные силы права», составляющие его

содержательные (сущностные) источники, и называются они так потому, что обеспечивают нормы материальной основой»<sup>1</sup>.

Заслуживает внимания в рассматриваемом контексте идея Н.Н. Вопленко о том, чтобы разнообразие мифологических, религиозных, нравственных, идеологических представлений общества о праве, авторитетные доктринальные выводы и рекомендации, исходящие от представителей юридического научного сообщества именовать социальными источниками права<sup>2</sup>. Так или иначе, в том или ином терминологическом измерении доктрина оказывает, прежде всего, идеологическое воздействие на законодателя, правоприменителя и граждан, формируя их взгляды о праве и правовой системе. «Идеология..., – отмечает Т.М. Полякова, – является важной составляющей политико-правовых доктрин, призвана способствовать консолидации общества по вопросам государственного строительства, целей общественного развития»<sup>3</sup>. При этом доктрина оказывает воздействие еще на стадии формирования профессиональных навыков будущих практиков. Как справедливо пишет М. Боди, «они (студенты-юристы) учатся профессиональным навыкам, но они также изучают академическую дисциплину. Понимание и участие в науке является важной частью этого обучения»<sup>4</sup>.

Проанализировав различные подходы к определению понятия источник права, Е.О. Мадаев предлагает выделить в качестве одной из разновидностей источников права «научный источник» права, под которым подразумевается правовая доктрина<sup>5</sup>.

Наука настолько прочно вошла в жизнь современного общества, что ее значительная роль в определении направлений его развития бесспорна. Эта

---

<sup>1</sup> Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 97.

<sup>2</sup> См.: Вопленко Н.Н. Источники и формы права. Волгоград, 2004. С. 23.

<sup>3</sup> Полякова Т.М. К вопросу о политико-правовой доктрине России // История государства и права. 2006. № 1. С. 18.

<sup>4</sup> Bodie M.T. Law students and Legal scholarship // The Journal of law. 2011. Vol. 1. № 2. P. 224.

<sup>5</sup> См.: Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 132.

роль проявляется и в определении принципов регулирования общественных отношений<sup>1</sup>.

Если принять за аксиому тезис о бесспорности влияния правовой доктрины на правовую систему, то в таком ракурсе она практически совпадает с понятием правовой науки как сферы научных знаний об определенном объекте (в нашем случае о праве). В этом смысле правовая доктрина выполняет «мировоззренческую» функцию, формируя представления о праве, каким оно должно быть и какую роль должно играть в жизни человека.

Ранее, отмечая, что в содержательный элемент правовой доктрины входит ее текст, мы представляли этот элемент в существенно утрированном виде. Это не просто текст, а обоснованное положение, выработанное квалифицированными специалистами в рамках научного изучения конкретной проблематики или права в целом. Содержательную сторону правовой доктрины, таким образом, образуют научные положения.

Однако многие исследователи предпочитают отграничивать понятие правовой доктрины от понятия правовой науки.

Несмотря на то, что само по себе понятие правовой доктрины является достаточно аморфным и подчас сливается с наукой, как таковые они не являются синонимами.

«Наука – это сфера человеческой деятельности, функция которой состоит в выработке и теоретической систематизации объективных знаний о действительности; это одна из форм общественного сознания, которая включает в себя как деятельность по получению нового знания, так и ее результат – сумму знаний, лежащих в основе научной картины мира»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См., например: Бошно С.В. Статус юридической науки в контексте учения о формах права // Юрист. 2007. № 2. С. 62-64; Фомин А.А. Принцип научности в российском законодательном процессе // Юридическое образование и наука в России: проблемы модернизации: Тезисы международной научно-практической конференции, посвященной 75-летию СЮИ-СГАП (г. Саратов, 5-7 октября 2006 г.). Саратов, 2006. С. 207-209.

<sup>2</sup> Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 38.

Правовая доктрина, в каком бы виде она не была представлена, безусловно, является содержательным источником права, т.е. фактором, влияющим на формирование и существование права. Ее содержание при этом представляют положения юридической науки.

Об это свидетельствует опыт предшествующих столетий. Общераспространенным является утверждение о том, что именно в университетах в период XIII-XIX вв. выработаны основные принципы права. Доктрина при этом была основным источником романо-германского права. Это указывает на истинное значение правовой доктрины в отличие от представлений о том, что она вовсе не является источником права. «Для тех, кто считается с реальностью и имеет более широкий и, с нашей точки зрения, более правильный взгляд на право, доктрина в наши дни, так же как и в прошлом, составляет очень важный и весьма жизненный источник права... Важна роль доктрины в установлении тех методов, с помощью которых открывают право и толкуют законы... Признание важной роли законодателя не должно вести нас к тому, чтобы закрывать глаза на реальные отношения между ним и доктриной и утверждать диктатуру закона. В действительности все гораздо более сложно. Доктрина влияет на законодателя; здесь она является лишь косвенным источником права. Но доктрина играет также роль в применении закона. И было бы трудно, не искажая действительности, отрицать за ней в этой сфере качество источника права»<sup>1</sup>.

Однако мнения о несовпадении правовой доктрины и науки принимают порой категорическое звучание.

Ряд исследователей, несмотря на факт нахождения науки и доктрины в тесной связи и сложность их разграничения, утверждают, что это разноплановые явления, основываясь на анализе их свойств и признаков. Кроме того, некоторые правоведы считают, что именно отождествление

---

<sup>1</sup> Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 142-143.

понятий правовой науки и доктрины наносит наибольший вред признанию правовой доктрины в качестве источника права<sup>1</sup>.

Другие исследователи, напротив, не разделяют понятия правовой доктрины и правовой науки, признавая, однако, последнюю источником права<sup>2</sup>.

Для настоящего диссертационного исследования нет нужды в широком определении правовой доктрины как феномена правовой культуры. Нет необходимости для детального отражения всех признаков доктрины и скрупулезного отделения от науки. Тот факт, что доктрина и наука взаимосвязаны и в определенные моменты сливаются и не могут быть разделены, является бесспорным. Правовая наука «поставляет» те положения, которые в конечном итоге формируют содержание правовой доктрины.

Наука как область общественной деятельности слишком широкое явление, чтобы рассматривать его как источник права. Ее функционирование в правовой системе возможно лишь после признания за ней авторитета, убеждающей силы. Именно для этого, на наш взгляд, и необходимо понятие правовой доктрины, как взглядов, теорий, мнений, обладающих убеждающей силой, авторитетом.

«Теоретический фундамент юриспруденции образуют многочисленные политико-правовые доктрины, изучение которых позволяет глубже понять социальную природу государства и права, их особенности и черты, дает возможность проанализировать причины и условия их возникновения и развития, четче определять свойственные им функции,

---

<sup>1</sup> См., например: Зеленкевич И.С. Правовая доктрина и правовая наука: некоторые аспекты соотношения и использования в качестве источников права // Северо-Восточный научный журнал. 2010. №2 (6). С. 42-47.

<sup>2</sup> См.: Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права. М., 1998, С.189-191.

точнее установить место и роль в жизни общества и политической системы»<sup>1</sup>.

Понятия «правовая доктрина» и «правовая наука» в настоящей работе будут использоваться как синонимы, обозначая систему «теоретических и научно обоснованных взглядов, имеющих прикладное значение»<sup>2</sup>. Это, однако, не означает тождество данных явлений.

Многообразие аспектов доктрины как явления и правовой категории открывает огромное поле для исследований.

В словаре С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой дается простое определение доктрины – «учение, научная концепция»<sup>3</sup>. Это определение также не отграничивает понятие науки от понятия доктрины. Оно лишь указывает на то, что доктрина может использоваться в еще одном, более узком значении, ограничивающем в себе определенную концепцию относительно конкретного явления, предмета. То есть как синоним понятию идея, концепция<sup>4</sup>. По сути, является лишь элементом науки в целом.

Доктрина при этом воспринимается не как совокупность знаний и идей, а лишь как отдельная концепция, идея по определенному вопросу. Говоря о правовой доктрине, это идея, связанная с правом, вопросами права.

Исходя из этого, «термин «правовая доктрина» может быть использован в качестве родового понятия для таких частных, уточняющих понятий, как: правовая концепция, правовое учение, правовая теория, мнение авторитетных ученых по тем или иным правовым вопросам. Таким образом, термин «правовая доктрина» обретает четкие очертания и становится вполне применимым в юридической науке»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Суслопарова Ю.В. Воззрения на происхождение права и природу королевской власти Генри Финча (по трактату «Право, или рассуждения о нем») // Общество: политика, экономика, право. 2007. № 2. С. 102.

<sup>2</sup> Бычков А. Правовая доктрина в судебной практике // ЭЖ-Юрист. 2013. № 39. С. 8.

<sup>3</sup> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1992. С. 446.

<sup>4</sup> См.: Царьков И.И. Естественно-правовая доктрина и теория общественного договора: единство двух концепций // Право и политика. 2005. № 1. С. 34.

<sup>5</sup> Зеленкевич И.С. К вопросу о сущности правовой доктрины как понятия и явления // Материалы III Международной научно-практической конференции. 2010. Т. 2. С. 364.

Безусловно, доктрина при этом должна иметь определенную логику и научные принципы построения, т.е. представлять собой «систематизированное учение, целостную концепцию, совокупность принципов, используемых в качестве основы программы действия»<sup>1</sup>.

Правовая доктрина в этом смысле выступает не правовой наукой, а лишь ее частью, фрагментом (иногда довольно значительным). Их связь неизбежна, поскольку правовая доктрина опирается на научные знания, идеи и методы. Однако их отождествление в некоторых моментах проводится лишь в целях настоящего исследования, поскольку наука, безусловно, будет признаваться содержательным источником права, но механизм ее воздействия на право проследить практически не возможно ввиду многоаспектности и сложности данного явления.

Таким образом, под правовой доктриной понимается система теоретических и научно обоснованных положений (или отдельное целостное научное положение) и в этом смысле «правовая наука» и «правовая доктрина» будут использоваться как синонимы, поскольку их разграничение не является целью данного исследования.

Для всестороннего рассмотрения правовой доктрины необходимо взглянуть на нее и с точки зрения формального подхода.

Как уже отмечалось, с формально-юридической точки зрения форма (источник) права – это «способ (прием, средство) внутренней организации и внешнего выражения права, а точнее – выражения содержащихся в нормах права правил поведения»<sup>2</sup>.

Этот вопрос не столь однозначен, и по настоящее время в научных кругах по нему идет острая дискуссия.

С описательной точки зрения правовая доктрина может выражаться в различных формах:

- философско-правовое учение, теория о праве;

---

<sup>1</sup> Социологический энциклопедический словарь / Под ред. Г.В. Осипова. М., 2000. С. 76.

<sup>2</sup> Марченко М.Н. Источники права. М., 2008. С. 40.

- мнения правоведов по отдельным вопросам правотворческой и правоприменительной практики (как устные, так и письменные);
- научные труды авторитетных исследователей права;
- комментарии законодательства и различные обзоры судебной практики.

Российские ученые разделились на три лагеря: одни отрицают возможность доктрины выступать в качестве источника права; другие говорят о вспомогательной, «обслуживающей» другие источники функции доктрины; и, наконец, третьи отводят доктрине роль первичного источника права<sup>1</sup>.

Некоторые исследователи отдают правовой доктрине ведущую роль – роль главного источника права, которому должны соответствовать и само законодательство<sup>2</sup>.

Подобное широкое толкование правовой доктрины как господствующей правовой теории, безусловно, имеет под собой убедительные основания, что очевидно на примере системы континентального права, в которой право развивалось в университетах. Обширная кодификация законодательства следует именно господствующим в государстве взглядам на право. А сам процесс кодификации требует значительного уровня абстрагирования и доктринального изучения.

Отдельные исследователи, признавая роль правовой доктрины как источника права, утверждают, что некоторые ее положения, не требующие санкционирования государства, восполняют пробелы писаного права и реагируют на изменения общественных отношений эффективнее, чем законодательство. Так, С.В. Васильев указывает на то, что нормативно-правовые акты в переходный период не способны в полной мере раскрыть

---

<sup>1</sup> Обзор взглядов по этому вопросу см.: Ковалева Л.А. Место доктрины в системе источников права // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. Тамбов, 2009. № 3 (4). С. 82-83.

<sup>2</sup> См.: Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2007. С. 449.



свои регулятивные способности, ввиду наличия нововведений, порожденных переходящей ситуацией. Правовая доктрина же, как господствующая юридическая теория, объявленная государством общеобязательной, напротив, предлагает такому обществу систему ориентиров для непрерывного правового регулирования<sup>1</sup>.

Интересным в отмеченной связи представляется мнение о том, что норма, разработанная правовой доктриной является нормой-принципом, которая может выражаться или не выражаться в норме позитивного права, но обязательно применяется в судебной практике. Эти принципы судебная власть извлекает из закона или обычая при помощи толкования и руководствуется ими в своей деятельности. Задача толкователя заключается именно в том, чтобы выявить эти принципы, на которых основываются юридические правила, обеспечивая их понимание, применение и развитие<sup>2</sup>.

И здесь необходимо обратить внимание на одну важную особенность правовой доктрины, а именно ее взаимодействие с законодателем и правоприменителем, иначе говоря, ее направленность на субъектов правотворчества и опосредованный характер ее регулирования.

И.С. Зеленкевич предложил следующее определение правовой доктрины: «авторитетное, общепризнанное научное предложение в области права и связанных с ним правовых явлений, ассоциирующееся с определенной школой или авторитетной персоной, нашедшее свое отражение и закрепление в нормотворчестве и правоприменительной практике и являющееся самостоятельным объектом материального права»<sup>3</sup>. При этом, выделив следующие признаки правовой доктрины: предметность, научность, авторитетность, устойчивость, наличие регулятивной функции и возможность оказывать влияние на развитие общественных отношений и

---

<sup>1</sup>См.: Васильев С.В. Правовая доктрина и гражданское судопроизводство // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 3. С. 2-6.

<sup>2</sup> См.: Там же.

<sup>3</sup> Зеленкевич И.С. К вопросу о сущности правовой доктрины как понятия и явления. С. 365.

поведение субъектов права, подтверждение доктринальных положений на практике путем их интеграции в законодательные акты и, как следствие, в судебное правотворчество<sup>1</sup>.

С.В. Бошно указывает на следующие признаки доктринальных источников права: отсутствует прямая связь с деятельностью органов государственной власти; их письменное закрепление может не соответствовать требованиям законодательной техники; они могут быть не структурированы или существенно отличаться по строению от структуры нормативного правового акта; могут не иметь письменного закрепления; как правило, относятся к непризнанным формам права; для использования данных норм пользователю необходимо самостоятельно отыскивать, формализовать и давать оценку поведению субъектов; они создаются при отсутствии правотворческих процедур<sup>2</sup>.

С.В. Батурина утверждает, что «правовая доктрина представляет собой систему идей, взглядов и положений, основополагающего и концептуального характера, которые разрабатываются юридической наукой, опосредованы юридической практикой, и которые в силу этого имеют общезначимый характер для правовой системы, так как основываются на общепризнанных принципах и ценностях, отражают закономерности и тенденции государственно-правового развития, разделяются авторитетным мнением ученых-юристов и, таким образом, формируют определенный тип правопонимания, в соответствии с которым функционирует и развивается российская правовая система»<sup>3</sup>.

По словам М.М. Рассолова, «правовая доктрина состоит из идей и высказываний авторитетных ученых-юристов, изложенных ими в научных трудах, которым придается общеобязательное значение и из которых

---

<sup>1</sup>См.: Зеленкевич И.С. К вопросу о сущности правовой доктрины как понятия и явления. С. 366.

<sup>2</sup> См.: Бошно С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права. 2003. № 1. С. 82-91.

<sup>3</sup> Батурина С.В. Традиции российской правовой доктрины. С. 9.

выводятся правила поведения, имеющие предоставительно-обязывающий характер»<sup>1</sup>.

Не сложно обнаружить определенную двойственность, которая вкладывается в сущность понятия доктрина. Если нормативный акт – это форма права, то с содержательной точки зрения он уже не будет источником права, так как он является конечной оболочкой, а не созидающей право силой.

С.В. Бошно отмечает, что ряд явлений имеет двойственный характер и способны проявлять признаки как формы, так и источника права, приводя в пример правовой обычай<sup>2</sup>.

Соглашаясь с такой постановкой проблемы, правовую доктрину, на наш взгляд, необходимо отнести именно к таким явлениям права. Правовая доктрина может выступать как силой, созидающей правовые нормы, определяющей их формулировки, границы применения, систему и взаимодействие, что наиболее наглядно проявляется на примере законодательных норм, так и принимать признаки формы права, в случае признания ее авторитета государством, что проявляется в обращении судей при вынесении решения по делу.

Данная двойственность плохо различима в романо-германской правовой системе, поскольку доктрина не рассматривается как форма права, а ее созидаящая сила прослеживается на стадии правотворчества (на стадии формирования взглядов на право законодателя и профессионалов). В этом смысле доктрина выступает источником права, а формой выступает нормативный акт, через который она реализуется. При этом не возникает никакой двойственности в понимании данного явления, поскольку признается лишь одна его сторона.

---

<sup>1</sup> Рассолов М.М. Теория государства и права. М., 2010. С. 356.

<sup>2</sup> См. подробнее: Бошно С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права. С. 82-91.

Однако в отдельных правовых системах, в случае её признания судебной практикой или законодателем правовая доктрина вполне может восприниматься как источник права в формально-юридическом смысле, в качестве санкционированного источника права, имеющего свое содержание в виде научных положений и соответствующий источник обязательности – судебную практику.

При этом в своем первоначальном виде доктрина не имеет обязательной силы и не подкреплена силой государственного принуждения. Ключевым и определяющим фактом признания доктрины в качестве источника права, поэтому, является авторитетность идеи, научного положения, зафиксированного в ней. Это означает, что за определенным мнением признается убеждающая сила. Сила эта, конечно, зачастую связана с автором идеи. В этом и заключается основное отличие доктрины от других источников, которые поддерживаются силой принуждения. Конечно, правовая доктрина может быть подкреплена силой принуждения путем ее санкционирования (и никак иначе), однако, такое подкрепление должно быть обусловлено определенными причинами и мотивами. Прежде всего, авторитетом доктрины.

Естественно, авторитет научной работы неотделим от авторитета ее автора<sup>1</sup>, на который, не в последнюю очередь, влияет его репутация. Последняя же зависит от неисчислимого количества факторов, дать оценку каждому из которых весьма сложно. Это и достоинства исследовательского интереса, его широта и глубина, и занимаемое, прежде всего профессиональное, положение, и политические установки, а, в конце концов, и просто удача.

---

<sup>1</sup> По этому поводу Т.Я. Хабриева, например, отмечает, что «в теории и практике конституционного права концепция разделения властей традиционно связывается с именами Д. Локка и Ш. Монтескье, тезис о верховенстве (суверенитете парламентов) – с именем А. Дайси, идея об особых судах как органах конституционного контроля – с именем Г. Кельзена». См.: Хабриева Т.Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 36.

Вместе с тем авторство доктрины не всегда является определяющим ее авторитет элементом. Зачастую происхождение некоторых доктрин довольно сложно проследить, и естественно если репутация автора и влияла на ее авторитет, то только в самом начале ее формирования. Со временем многие идеи отделяются от авторов и продолжают свое существования в качестве общепризнанных принципов. Тем не менее, у любой идеи всегда есть автор, несмотря на то, что зачастую установить его довольно сложно.

Так, П.Д. Баренбойм убедительно показывает происхождение современной доктрины правового государства. На первый взгляд, ее сложно соотнести с конкретным ученым или группой исследователей. Она уже давно оторвалась от своей теоретической составляющей и представляет собой некий принцип, модель, которая провозглашается законодательством или судебной практикой в отрыве от первоисточника. «Гермин «правовое государство» произошел от немецкого слова «Rechtsstaat», обозначившего в конце XVIII в. доктрину, выдвинутую в поздних работах Иммануила Канта, увязавшего существование Rechtsstaat с верховенством конституции страны и подчиненностью ей действий государства»<sup>1</sup>. И далее прослеживает корни сформированных Кантом взглядов в конституционно-правовых идеях Давида Юма.

Поскольку в отличие от других источников права доктрина лишена прямой государственной поддержки и не обеспечена государственным принуждением, ее функционирование должно быть обеспечено другой силой, потенциал которой способен придать ей силу источника права. Такой силой выступает авторитетность доктрины. «Доктрина как источник права работает не в результате ее формализации и санкционирования государством, а на основе собственной авторитетности, убедительности, образующих ее реализаторскую энергию»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Баренбойм П.Д. Концепция Зорькина – Танчева о соотношении современных доктрин верховенства права и правового государства // Законодательство и экономика. 2011. № 10. С. 18.

<sup>2</sup> Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 24.

В рамках общепринятого формально-юридического подхода к определению источника права правовая доктрина становится таковой только после признания законодателем или судьями за ней достаточной убеждающей силы, что придает ей юридическую силу, уровень которой напрямую зависит от уровня субъекта санкционирования.

О.Е. Мадаев, признавая генетическую первичность доктрины по отношению к другим источникам, отвергает «наличие у доктрины юридической силы в том предельно четком значении, в котором определяется иерархия источников права с точки зрения вертикальной структуры законодательства. У доктрины нет юридической силы, поскольку включается она в правовое регулирование всегда опосредованно, через другие источники, в том числе через принципы права. Сила нормативных положений доктринального происхождения всякий раз измеряется юридической силой соответствующей формы права...»<sup>1</sup>.

Вряд ли можно поспорить с этим утверждением, так как правовая доктрина действительно проявляет свое действие через другие формы права, прежде всего, нормативный акт и прецедент.

Является ли правовая доктрина общеобязательной? Конечно, нет. Лишь после признания ее таковой она может приобрести данный статус. Она не подкреплена силой властного принуждения, ее убеждающая сила направлена на законодателя и судей.

В этой связи правовая доктрина может быть изображена как совершенно уникальный источник права. Сущность правовой доктрины такова, что она стремится слиться с другими источниками (формами) права, раствориться в них, будь то правотворческая деятельность по созданию законодательного акта или судебный прецедент, санкционирующий определенный подход к разрешению спора.

Весьма специфические свойства правовой доктрины, на наш взгляд, и должны определять способ изучения ее как правового явления. Исследование

---

<sup>1</sup>Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 28.

доктрины должно проводиться 1) как источника права (в содержательном аспекте) с ее способностью влиять на другие источники права, прежде всего, законодательные акты и судебные решения, определять мнения и взгляды законодателя на систему права в целом и отдельные нормы в частности, и 2) как формы права, приобретающей юридическую силу в результате ее санкционирования, но в то же время обладающей определенным убеждающим воздействием, авторитетностью, которая и определяет возможность доктрины выразиться в других правовых явлениях, придавая ей характер регулятивных правил поведения.

В практическом плане доктрина может служить для различных целей, в частности, в России: для установления содержания правовых норм, для квалификации общетеоретических понятий, для толкования правовых норм, для восполнения пробелов в правовом регулировании<sup>1</sup>.

Интересным в юридической литературе также выступает вопрос о классификации правовых доктрин. Несмотря на то, что в задачи настоящего исследования не входит детальное изучение классификации правовых доктрин, упомянуть ее стоит по той причине, что любая классификация основана на выделении основных признаков, по которым в дальнейшем производится разграничение видов. В этой связи в целях формирования более четкого образа правовой доктрины необходимо упомянуть об основных выделяемых ее видах. К ним относятся:

- Персонифицированная и неперсонифицированная. Первая имеет автора, имя которого известно. Вторая автора не имеет, либо автора невозможно установить – такие доктрины встречаются относительно редко, поскольку происхождение идеи зачастую удается отследить.

- Влиятельные и маловлиятельные. Данная классификация проводится по степени воздействия на другие, традиционные источники права – прежде всего, законодательство и судебную практику.

---

<sup>1</sup> См.: Бычков А. Правовая доктрина в судебной практике // ЭЖ-Юрист. 2013. № 39. С. 1, 8.

- Долгосрочные и краткосрочные. Критерием данного деления выступает продолжительность оказываемого влияния доктрины.

- Доктрины, воспроизводящие или обобщающие содержание других источников права, и доктрины, непосредственно оказывающие воздействие на общественные отношения. Данная классификация проводится по конкретному содержанию правовой доктрины.

- Доктрины международного права и доктрины национального права. Данное разграничение проводится по сфере влияния правовой доктрины<sup>1</sup>.

Еще одним важным моментом является вопрос о соотношении правовой доктрины с комментариями (толкованием) законов.

Комментарии законодательства или обзоры судебной практики могут выступать той формой, в которую облекается правовая доктрина. В этом плане сложно спорить с мнением Е.О. Мадаева: «Доктрина – это стабильно востребованные, обоснованные в течение определенного времени практикой и разработанные на ее основе учеными-юристами положения, конструкции, идеи, принципы и суждения по проблемам права, которые опосредованно, через писанные формы права приобретают известную юридическую силу и регулятивные свойства. Доктрина сама по себе не комментирует законодательство, а лежит в его основе. В комментарии же к закону, кодексу могут приводиться отдельные доктринальные положения в целях ясного и четкого разъяснения смысла и содержания изложенных норм права»<sup>2</sup>.

Сама доктрина гораздо более широкое понятие и не всегда облеченное в какую-либо привычную форму. В этом зачастую заключается самая серьезная проблема, связанная с признанием правовой доктрины как источника права. «Не имеет смысла отрицать наличие общепризнанных правовых принципов и иных форм доктринального права; оно представляет собой синтез научной теории и ее практической реализации. Однако

---

<sup>1</sup> См., например: Любитенко Д.Ю. К вопросу о классификации правовых доктрин // Вестник Пермского университета. 2010. Вып. 4 (10). С. 22-26.

<sup>2</sup> Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 34.



отсутствие письменной оболочки и непосредственного регулирования общественных отношений делает доктринальное право исключительно уязвимым»<sup>1</sup>.

Что касается чисто прикладного значения правовой доктрины, возможности ее восприятия как формы права, то оно часто подвергается сомнению. Однако, на наш взгляд, такое отрицание необоснованно и не подтверждается реальным положением вещей, поскольку доктрина имеет огромное значение при решении чисто практических задач правоприменения и правотворчества. Как справедливо указывает Е.Г. Комисарова, «юридическую науку именуют прикладной, полагая, что иное положение ненужно и вредно для науки»<sup>2</sup>.

В этом связи интересно исследование, проведенное С.В. Бошно, показавшее, что 41,7% опрошенных судей признают наличие трудов юристов, которые они считают абсолютно верными, при этом называя конкретных авторов и их работы<sup>3</sup>. В список таких работ попали не только отраслевые и чисто прикладные исследования, но и комментарии и учебная литература по истории права и теории права. То есть работы, имеющие теоретико-методологический характер.

Не менее важным показателем представляется то, что за цитирование в заседании суда какого-либо научного произведения высказались 32,1% опрошенных респондентов<sup>4</sup>. Таким образом, треть судей фактически признают доктрину формой права, поскольку предполагают возможность использования книг и произведений для вынесения решений по делу.

Некоторое внимание необходимо уделить документам программного характера, также носящим название доктрин<sup>5</sup>. Подобные документы

---

<sup>1</sup> Бошно С.В. Прецедент, закон и доктрина // Государство и право. 2007. № 4. С. 75.

<sup>2</sup> Комисарова Е.Г. Эволюция и состояние взаимосвязи правовой науки и юридической практики // Власть закона. 2010. № 1. С. 76.

<sup>3</sup> Бошно С.В. Прецедент, закон и доктрина. С. 76.

<sup>4</sup> См.: Бошно С.В. Прецедент, закон и доктрина.

<sup>5</sup> См., например: Военная доктрина Российской Федерации (утв. Президентом РФ 25.12.2014г. № Пр-2976) // Российская газета. № 298. 2014. 30 декабря; Указ Президента

представляют собой несколько иное явление. Несмотря на то, что они имеют, определенную законодательную основу и выражаются в форме акта государственного органа, их юридическая сила между тем подвергается серьезному сомнению, а правовая природа не вполне понятна. Обоснованным выглядит мнение С.В. Васильева, относящего подобные источники к нормам так называемого «мягкого права», не обладающего императивностью<sup>1</sup>. Вместе с тем они вполне могут заключать положения правовой доктрины или вполне определенную концепцию. Отделять, однако, данные документы от нормативных правовых актов, на наш взгляд, не стоит, поскольку по своей сущности они представляют именно эту, хотя и со своими особенностями, группу источников.

Таким образом, под правовой доктриной в настоящем исследовании в зависимости от контекста будет пониматься система теоретических и научно обоснованных положений о праве (либо отдельная идея, мнение), обладающих убеждающей силой, имеющих прикладное значение и санкционированных законодателем либо правоприменителем. Подобное восприятие правовой доктрины во многом обусловлено влиянием на российскую правовую систему западной, прежде всего, англосаксонской правовой традиции, генезис которой, как отмечает А.И. Овчинников, заключается в процессе рационализации правового мышления «от харизматической и традиционной до ценностно- и формально-рациональной легитимации правопорядка с одновременной минимизацией чувственных и интуитивных факторов осмысления права, гипертрофией юридического

---

РФ от 30.01.2010г. № 120 «Об утверждении Доктрины продовольственной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 5. Ст. 502; Морская доктрина Российской Федерации на период до 2020 года (утв. Президентом РФ 27.07.2001г.) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]. Режим доступа: [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru); Доктрина информационной безопасности Российской Федерации (утв. Президентом РФ 09.09.2000г. № Пр-1895) // Российская газета. № 187. 2000. 28 сентября; Указ Президента РФ от 13.06.1996г. № 884 (в ред. от 23.02.2006г.) «О доктрине развития российской науки» // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 3005.

<sup>1</sup> См.: Васильев С.В. Правовая доктрина и гражданское судопроизводство // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 3. С. 2-6.

рационализма и формализма...»<sup>1</sup>. Изучая правовую доктрину в правовой системе любого государства с рационально-прикладных позиций, исследователь сталкивается со следующими аспектами ее изучения: возникновение данного правового явления, форма его существования, степень обязательности и возможность обеспечения силой государственного принуждения.

Именно в направлении раскрытия данных сторон и будет осуществляться настоящее исследование.

---

<sup>1</sup> Овчинников А.И. Правовое мышление: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 16.

## ***1.2. Роль правовой доктрины в основных правовых семьях***

### **1.2.1. Правовая доктрина в романо-германской правовой семье**

Использование идей и работ авторитетных юристов имеет довольно долгую историю. Правоприменитель и законодатель с необходимостью прибегали и продолжают прибегать к взглядам авторитетных юристов. В странах с различными правовыми системами это проявлялось и продолжает проявляться по-разному. В некоторых странах распространение правовой доктрины принимало такой характер и масштаб, что использование авторитетных мнений правоприменителями приходилось ограничивать и даже запрещать.

Свои корни обращение к мнениям юристов ведет из римского права, в нем же зародились и первые ограничения их использования («запрет цитирования») ученых трудов. В римском праве судьи при разрешении конкретного спора могли ссылаться на разъяснения и ответы многочисленных римских юристов. Причем мнения юристов рассматривались как обязательные для суда. Сущность такой авторитетности оправдывалась тем, что они обладали специальными познаниями. Судьи при этом зачастую были менее квалифицированы или, по крайней мере, воспринимались таковыми.

«Авторитет, завоеванный в судебных прениях, настолько укрепился за знатоками, что их мнения связывали волю судей и без личного участия в разбирательстве ...

Нормативная сила мнений юристов основана на профессиональном знании, природа их власти технократическая. Поскольку судьи в своих решениях зависят от мнений юристов, авторитет суждения важен, прежде всего, среди самих юристов, способных оценить мнение предшественника и обеспечить таким образом его жизнеспособность»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996. С. 95, 98.

Эпоха принципата принесла первые признаки ограничения «власти» юристов и соответственно использования и цитирования их мнения в судебных разбирательствах. Сам характер авторитета мнения юриста изменился, поскольку свои ответы они стали представлять от имени принципса, для чего необходимо было иметь его официальное дозволение. Сила толкований юристов, таким образом, была существенно ограничена волей верховной власти. Эта сила отныне связана с санкционированием ее государством, а убеждающее воздействие направлено на официальные государственные органы.

Следующим этапом на пути развития и в то же время ограничения юридической силы разъяснений юристов стал Закон о цитировании – *Lex citationis* (426 год). Закон наделял силой источника права труды лишь пяти римских юристов, а также труды тех юристов, на которых они ссылались. Если мнения юристов расходились, то предписывалось руководствоваться мнением Папиниана, однако согласованное мнение двух других юристов признавалось более авторитетным. Подобная практика получила название «сената мертвых», поскольку судья должен был ссылаться на мнения давно умерших юристов.

Такое, на первый взгляд, официальное признание мнений юристов в качестве источников права, вместе с тем, послужило в определенной мере ограничением, поскольку очертило круг «официальных» юристов, мнения которых могли быть использованы. Окончательную точку в этом процессе поставило создание *Corpus Juris*.

«15 декабря 530 г. конституция «*Deo Auctore*» постановила собрать антологию *iura*, устранив имеющиеся противоречия, так чтобы вместо многих разрозненных сочинений получить одно, удобное в обращении, к которому уже никто не писал бы комментариев. Конституция декларировала отказ от идеи ограничить официальный список юристов прошлого, предписывая, чтобы задуманное собрание имело всеобъемлющий характер. Конституция «*Tanta*» от 16 декабря 533 г., введившая Дигесты Юстиниана в

силу, запрещала ссылаться в судах на сочинения классиков, не включенные в антологию, и оспаривать на основе сравнения с оригиналом внесенные в тексты изменения»<sup>1</sup>.

Таким образом, определенная часть доктрины стала кодифицированным источником права (законом), от остальной же части было решено отказаться и лишить ее силы источника права. Рассматривать же образовавшееся явление как доктрину в чистом виде едва ли представляется возможным, поскольку с легализацией ее законодательной властью она фактически получила статус закона – кодекса.

Несложно заметить, насколько большое влияние оказала доктрина на правовую систему, развитие законодательства и его кодификации. По сути, процесс кодификации оказался губительным для царствования доктринальных источников, но именно доктрина сыграла в нем одну из ключевых ролей.

По своей природе это было некое историческое противостояние, на одной стороне которого был кодекс, а на другой – доктрина. В государствах, которые унаследовали принципы римского права, его научную рациональность, юридическую технику, взаимодействие правовой доктрины и кодекса складывалось очень не просто на протяжении всей истории формирования правовых систем. Ограничение и даже запрещение цитирования в истории европейского права происходило неоднократно<sup>2</sup>.

Все описанные тенденции были продолжены в странах романо-германской правовой системы. В силу противостояния доктрины и кодекса (законодательства, носившего кодифицированный характер) роль правовой доктрины в судебном правоприменении трансформировалась, в основном, к чисто вспомогательной, поскольку сами кодексы, представляющие собой довольно высокий уровень обобщения и абстрагирования, стали результатом

---

<sup>1</sup> Дождев Д.В. Указ. соч. С. 102.

<sup>2</sup> См.: Хужокова И. М. О цитировании юристов // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2010. № 6. С. 18-31.

серьезных доктринальных изысканий и научных наработок конкретной эпохи, по сути, представляя собой часть доктрины, получившую статус официальной. В этой связи континентальная система права действительно представляет собой «право профессоров», так как университеты представляли собой центры, двигавшие и развивавшие основные принципы и направления функционирования права.

«В течение длительного времени доктрина была основным источником права в романо-германской правовой семье; именно в университетах были главным образом выработаны в период XIII-XIX веков основные принципы права. И лишь относительно недавно с победой идей демократии и кодификации первенство доктрины было заменено первенством закона»<sup>1</sup>.

Обобщение огромного материала, его осмысление и конструирование абстрактных правил и юридических понятий невозможно осуществить, не обладая определенной техникой и не понимая основных закономерностей развития и действия правовых норм. Роль доктрины, прежде всего в законотворческом процессе, в континентальной правовой системе огромна и бесспорна. В данном аспекте закон зачастую представляет собой мнение, правовую доктрину, поддержанную государственной властью.

«Не будучи признанной в качестве формального источника романо-германского права, доктрина в то же время оказывает огромное влияние не только на правоприменителя и «интерпретатора» действующего права, но и на законодателя. К доктрине обращаются члены высших и местных законодательных органов при подготовке и обсуждении проектов законов и других нормативных актов»<sup>2</sup>.

Именно в законодательном процессе проявляется значение правовой доктрины. Невозможно эффективное обобщение и создание абстрактных правовых норм и юридических конструкций без использования

---

<sup>1</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 105.

<sup>2</sup> Марченко М.Н. Источники права. М., 2008. С. 516-517.

теоретических разработок исследователей-правоведов. В этой связи правовая доктрина воплощается в законодательстве, а невоплощенная исключается из регулирования во избежание конкуренции. Именно поэтому правовая доктрина лишена статуса формального источника права и не рассматривается как источник для вынесения судебных решений (хотя факт ее влияния на судебское усмотрение бесспорен и не вызывает сомнений).

Тем не менее, непризнание доктрины формальным источником права стало классическим положением романо-германской традиции. Ее применение, однако, находит различные варианты. Например, с помощью нее создаются сложный юридический словарь и правовые понятия, которыми пользуется законодатель<sup>1</sup>. При этом доктрина всегда оказывает определенное воздействие на законодателя. Характер и формы воздействия правовых доктрин на законодательство различны в зависимости от правовой системы конкретного государства.

Сказанное выше вновь подтверждает тезис о том, что доктрина находит свое отражение в конкретных формах права. В романо-германской правовой системе – это законодательный акт.

Анализируя роль доктрины в основных правовых семьях современности, В.Н. Дубовицкий приходит к выводу о том, что в романо-германской правовой системе доктрина является источником права в широком смысле, но не может быть формой права. При этом, по мнению исследователя, в англо-американской правовой семье доктрина может быть как источником, так и формой права<sup>2</sup>.

Надо отметить, что признание доктрины формой права в большей степени связывается указанным автором в основном с английским правом, а точнее только со случаями признания авторитетными источниками права работ выдающихся судей-теоретиков и практиков. Использование подобных

---

<sup>1</sup>См.: Дубовицкий В.Н. Доктрина как источник права в романо-германской правовой семье // Вестник Гродненского государственного университета. 2008. № 4. С. 10-15.

<sup>2</sup> См.: Там же.



источников допускалось при условии отсутствия соответствующего прецедента, законодательной нормы или обычая. По мнению В.Н. Дубовицкого, с точки зрения содержания источником является то, что предопределяет право, и в этом смысле доктрину можно признать одним из основных источников права в романо-германской правовой семье, а судебную практику (прецедент), в основе которой лежит та же «доктрина», основным источником общего права<sup>1</sup>.

Данный подход с разделением источников и форм права достаточно удобен для романо-германской правовой семьи. При рассмотрении правовой системы общего права он имеет определенные особенности, связанные с правопониманием, системой источников права, с характером и самим восприятием правовых норм.

### **1.2.2. Правовая доктрина в английском праве**

В Англии при отсутствии как таковой системной кодификации нормативно-правовых актов «запрет цитирования» не имел места, а доктрина использовалась судами в качестве источника права. Тем не менее, ее значение и роль недооценивались еще в большей мере, чем в странах континентальной правовой семьи.

Все это связано, прежде всего, с особенностями самой английской правовой системы, ее историей и традициями.

Влияние идей, понятий, институтов римского права на английское право не было таким значительным, как в странах континентальной Европы. Но не замечать и отрицать это влияние невозможно.

«Ранние королевские судьи общего права были в тесном контакте с римским правом. Часто они были священнослужителями, привыкшими к (Римскому) каноническому праву. Кроме того, новое открытие *Corpus Juris*

---

<sup>1</sup> См.: Дубовицкий В.Н. Доктрина как источник права в романо-германской правовой семье. С. 10-15.

Civilis и возрождение римского права в XI-XII веках привело к общему академическому изучению научной римской юридической мысли в Европе, которое также оказало влияние на Англию. К 1145 г. Вакарый преподавал римское право в Англии. И первые трактаты по английскому праву неудивительно создавались, используя римскую модель»<sup>1</sup>.

Изначально единого права в Англии не существовало. С VI века в Англии господствовало право, основанное на местных обычаях. Отдельные попытки записи правовых обычаев не имели системного и правообразующего характера.

Лишь с XII века в Англии складывается общее право для всей страны, так называемое *common law*. При этом процесс его формирования не связан с систематизацией обычаев и закреплением их в актах верховной власти. Он связан, прежде всего, с введением Генрихом I и Генрихом II королевской судебной системы, включающей Суд общих тяжб, Суд казначейства и Суд королевской скамьи, а также институтом разъездных судей.

«Генрих II революционизировал систему права в Англии главным образом путем создания королевской юрисдикции и королевского права по уголовным и гражданским делам, прежде находившихся под местной и феодальной юрисдикцией и регулировавшихся местным и феодальным правом. В этом он добился успеха не только с помощью создания системы королевских судов, действовавших под контролем королевской канцелярии, но и путем разработки более рационального типа права и обеспечения общественного участия в его применении»<sup>2</sup>.

Именно в это время и начинают формироваться представления о праве, появляются первые работы по праву.

Далеко не просто совпадением стало то, что именно в этот период вместе со своего рода революцией в юридической практике и правовом

---

<sup>1</sup> Buhofer S.P. Structuring the Law: The Common Law and the Roman Institutional System // Swiss Review of International and European Law (SZIER/RSDIE). 2007. №. 5. P. 715.

<sup>2</sup> Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 417.

инструментарии написан первый трактат по английскому общему праву - «Трактат о законах и обычаях королевства Англии» Глэнвилла («Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae»). По сути, это обобщение правовых реформ Генриха II<sup>1</sup>.

Английское право при этом носило формулярный, процессуальный характер «поскольку основная трудность заключалась в том, чтобы получить возможность обратиться в королевский суд, появилась формула «судебная защита предшествует праву», которая до сих пор определяет характерные черты английского правопонимания»<sup>2</sup>.

В романо-германской правовой семье право воспринимается как совокупность установленных правил, в Англии же право – это то, к чему приведет судебное рассмотрение. И если «на континенте юристы интересуются, прежде всего, тем, как регламентирована данная ситуация, в Англии внимание сосредоточивается на том, в каком порядке она должна быть рассмотрена, чтобы прийти к правильному судебному решению»<sup>3</sup>.

Само восприятие права предполагает совершенно иной подход к правовой доктрине, отличный от подхода в романо-германской системе права.

Право в Англии воспринималось как определенная система мышления, а не как совокупность установленных правил. Именно в этом заключается мнение У. Блэкстона о том, что прецеденты являются свидетельством о праве, но не правовыми нормами в строгом смысле. Естественно, при таком подходе предшествующее решение не могло полностью связать судью, поскольку двух одинаковых дел не может быть. Именно поэтому прецеденты могут служить лишь руководством для судей в последующих делах. Исходя

---

<sup>1</sup> См.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. С. 428.

<sup>2</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). М., 2003. С. 243.

<sup>3</sup> Там же. С. 243.

из этого, можно сделать вывод, что они были только одним из аспектов юридического мышления и не всегда могли определить исход дела<sup>1</sup>.

Прецедент рассматривался английскими судьями не как источник права, а как свидетельство его существования. Именно так оно воспринималось английскими судьями и правоведами. Судебный прецедент, таким образом, воспринимается как чистая форма, содержание которой образует общее право.

Таким образом, по У. Блэкстону, источником права является обычай, а не судебное решение на нем основанное. Задача судьи – выявить и сформулировать обычай. Подобный подход, в соответствии с которым судьи «находят», а не создают правовые нормы, получил название деклараторной теории<sup>2</sup>.

Цель судьи, таким образом, заключалась в том, чтобы установить, зафиксировать существующие принципы права. Чтобы избавиться от возможной субъективности и судебных предпочтений, необходимо было опираться на предшествующие решения аналогичных споров. В этом смысле судебная традиция и правило судебного прецедента выступало гарантом преемственности и объективности судебных решений и формирования права в целом. Такая роль судебного правоприменения неизбежно отразилась на подходе к правовой доктрине, ее месте и роли в английском праве. Поскольку задача судьи заключается в поиске существующих (а не установленных) принципов права, игнорировать мнения авторитетных и компетентных людей в вопросе их наличия или отсутствия просто не разумно. В этой связи правовая доктрина выступает дополнительным свидетельством наличия или отсутствия соответствующих норм.

Как отмечалось, доктрина всегда реализуется через другие источники права, опосредуется ими. В английском праве, в связи с подобным подходом

---

<sup>1</sup> См.: Маслов М.Ю. Трактат Уильяма Блэкстона «Комментарии к законам Англии» и доктрина прецедента в Англии во второй половине XVIII в. // История государства и права. 2009. № 17. С. 44-47.

<sup>2</sup> См.: Там же.

к его пониманию, такие черты приобрела далеко не только правовая доктрина. Так, в английском праве подобное положение фактически занимал и закон, нормы которого хотя и применяются судьями, но окончательно инкорпорируются в английское право только после применения и толкования его в судебной практике. Предпочтение при этом всегда отдается судебным решениям, а не закону.

Зарождение правовой науки в Англии связано с созданием университетов в Оксфорде и Кембридже.

«Правда, юридическое образование в английских университетах было связано с преподаванием недействующего в Европе римского права вплоть до восемнадцатого столетия. Исконное национальное английское право не преподавалось в самых старейших университетах мира»<sup>1</sup>.

Как следствие, роль университетов в выработке правовых норм менее значительна по сравнению с континентальной Европой. Общее право развивалось не в университетах, а юристами-практиками. Оно по своей сути не доктринально. «Отсюда некоторая стихийность и необозримость правового массива, отсутствие рациональных начал и строгой логики в его построении»<sup>2</sup>.

Если в романо-германском праве роль доктрины – системообразующая, созидаящая, то в классическом общем праве – свидетельствующая, подтверждающая.

Доктринальные труды при этом в некоторой степени недооцениваются, хотя отдельным из них отводится, бесспорно, высокое положение в иерархии источников права. Недооценка эта основана на том, что английское право в меньшей степени обязано ученым, чем судьям. Такое положение, однако, не стоит воспринимать как отсутствие всякой роли в правовой системе общего права. «Англия – страна, где некоторые доктринальные труды, написанные,

---

<sup>1</sup> Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы: Дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2007. С. 93.

<sup>2</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). М., 2003. С. 248.

правда, судьями, получили квалификацию авторитетных книг (books of authority); произведения Глэнвилла, Литлтона, Кока имеют огромный престиж. Их изложение права своей эпохи имело в судах авторитет, равный авторитету закона во Франции»<sup>1</sup>.

Не стоит в то же время излишне драматизировать, утверждая, что правовая доктрина в системе общего права осталась незамеченной и несправедливо всеми забытой. Такая недооценка, на наш взгляд, вполне естественна и закономерна. «Однако эта недооценка никогда не носила фатального характера. Ни на ранних этапах развития англосаксонского права, ни тем более на современном этапе, определенное влияние правовой доктрины, выраженной в самых различных формах, включая общепризнанные труды ученых-юристов, никогда полностью не исключалось»<sup>2</sup>.

Современные ученые скептически относятся к роли правовой доктрины в английской правовой системе, признавая, однако, определенную роль за ней, в особенности, в новых отраслях и вопросах права. Так, П. Де Круз прямо заявляет, что хотя доктринальные труды иногда и приводятся в английских судах, но обычно это происходит не в выгодном свете<sup>3</sup>. Исключением при этом является новые или малоизученные отрасли права: вопросы медицинской этики или прав ребенка, связанные с проблемами судебного санкционирования. Например, при определении, что является лечением ради «спасения жизни», несмотря на отказ взрослого от дачи согласия на такое лечение. При этом тот же П. Де Круз утверждает, что в странах общего права научные труды не наделены статусом авторитетного источника права по сравнению с континентальным правом, но такая ситуация вполне может измениться особенно в новых областях права<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 332.

<sup>2</sup> Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001. С. 440.

<sup>3</sup> См.: De Cruz P. Comparative law in a changing world. Second edition. Cavendish Publishing Limited, London, 1999. P. 104.

<sup>4</sup> См.: Там же. P. 104.

Однако такого мнения придерживаются не все исследователи. Многие усматривают в английском праве черты, сходные с римским правом, где доктрина занимала исключительное место в судебном процессе и праве в целом. Хотя римское право оказало куда меньшее влияние на английское право, чем на правовые системы континентальных стран, их схожесть в отношении восприятия авторитетных мнений нельзя не заметить, особенно с тем периодом времени, когда римское право еще не подверглось тотальной систематизации и обычай оставался значимым источником права.

И даже несмотря на тот факт, что способы использования авторитетных мнений в английском судебном процессе имели серьезные отличия от процедуры римского права, общие принципы и логика довольно схожи. «Мнения юристов, высказанные в различных формах (устные, письменные, выраженные в виде теоретических обобщений – доктрин или же высказанные по конкретному делу), и в том и в другом случае являлись обязательными для судов и фактически выступали как источники права»<sup>1</sup>.

Еще одним очень важным аспектом является то, что доктрина на определенном этапе развития начала осуществлять функцию, сходную с функцией кодекса в романо-германской системе права. Вполне очевидно, что отсутствие четкой структуры в праве неизбежно сдерживает его развитие, затрудняет правоприменение. В условиях недостаточности объединяющих и структурирующих сил кодификации, роль такой силы с необходимостью должна быть восполнена чем-то другим. Систематизирующую и структурирующую функцию взяла на себя правовая доктрина.

В связи с тем, что появилась необходимость в юриспруденции, способной систематизировать английское право и процесс, работы английских правоведов стали приобретать статус источника права –

---

<sup>1</sup> Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. С.442.

трактатов, приобретавших обязательность для судей и сторон, участвовавших в деле в силу их авторитетности<sup>1</sup>.

Доктрина, как и кодекс, была призвана систематизировать разрозненные нормы в английском праве, в отдельных случаях подменяя их кодификацию. По рассматриваемому вопросу А.К. Романов пишет: «Научные издания (textbooks) как источники права отличаются от статутов или судебных отчетов тем, что не являются первичными источниками права. Даже самое авторитетное издание не содержит право, а лишь излагает мнение о том, что оно должно представлять по мысли автора. Иными словами, научные публикации – вторичные источники права. Последние используются лишь в том случае, когда первичные источники отсутствуют или не известны. В отдельных случаях первичные источники оказываются утраченными, и судам приходится прибегать к помощи вторичных источников, как единственно надежному свидетельству существования первичных источников общего права»<sup>2</sup>.

Деление источников на первичные и вторичные при этом имеет очень важное значение. Безусловно, при решении любого судебного вопроса судья, в первую очередь, будет ориентироваться на прецедент или норму закона. Применение же доктринальных работ вызвано лишь необходимостью, связанной с отсутствием или наличием противоречия в стане первичных источников права.

Правоведы Великобритании подразделяют доктринальные источники по праву на две основные категории:

1. Старые публикации, которые используются как подлинный источник норм общего права.

---

<sup>1</sup> См.: Васильев А.А. Роль правовой доктрины в истории английского права // История государства и права. 2007. № 10. С. 38-39.

<sup>2</sup> Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. М., 2010. С. 128.



2. Современные публикации, не имеющие юридической силы и выполняющие вспомогательную роль при поиске подлинных источников права<sup>1</sup>.

Именно к первой категории относятся уже упомянутые «авторитетные книги» известных английских правоведов. Одной из первых таких работ является труд Генри Брэктона, послуживший попыткой обобщить и систематизировать разрозненное английское право.

Поскольку до появления трактатов по праву судами Англии применялось неписаное право, некоторые исследователи приходят к выводу, что трактат Генри Брактона «О законах и обычаях Англии» можно считать кодексом, впервые зафиксировавшим неписанные нормы английского права<sup>2</sup>.

Необходимо отметить и тот факт, что сам Г. Брэктон был священнослужителем, осуществлявшим полномочия судьи в XIII веке. Он оказал огромное влияние на общее право в самом начале его формирования. «Его основной трактат представлял собой изложение законов и обычаев Англии, непревзойденное по литературному стилю и полноте вплоть до Комментариев Блэкстона восемнадцатого века»<sup>3</sup>.

Упомянутые в предыдущей цитате комментарии Блэкстона считаются как раз тем водоразделом, который разграничивает работы прошлого и работы современности.

Исходя из понимания сущности права, подобные авторитетные книги выступают тем свидетельством, которое подтверждает существование тех или иных принципов права, и востребованы по сей день в силу самого характера восприятия права и отсутствия иных эффективных инструментов его обобщения, систематизации.

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Романов А.К. Указ соч.

<sup>2</sup> См.: Святовец О. А. Проблемы королевской власти в трактате Генри Брактона «О законах и обычаях Англии» // Правоведение. 1997. № 4. С. 41-46.

<sup>3</sup> Farrar J.H. Doctrine and Reputation // Bond Law Review. 2003. Vol. 15. №. 2. P. 72.

«Ранние английские авторы иногда выступают единственным источником знаний или информации о старом праве, но даже там, где это не так, они принимаются в качестве ценного вторичного источника»<sup>1</sup>.

Необходимо обратить внимание на сам характер правовой доктрины в классическом общем праве. В английском праве правовая доктрина не носила характер юридической науки, ее существование в меньшей мере связывалось с университетским сообществом, чем с судебскими комментариями и отчетами, описаниями судебной практики. Большинство используемых авторитетных книг классиков-юристов написаны судьями. Отсюда и определенная хаотичность и сложности в систематизировании правового материала.

В связи с тем, что по сравнению с судьями роль ученых была незначительной, «под английской доктриной как источником права следует понимать не собственно юридическую науку, теоретические представления, идеи, конструкции, а судебные комментарии, описания прецедентной практики, призванные выполнять роль практического руководства для юристов»<sup>2</sup>. Таким образом, сам характер правовой доктрины в системе общего права отличен от континентального представления о ней, а ее существование обусловлено чисто прикладными задачами судебного правоприменения. Именно поэтому наблюдается различие в восприятии правовой доктрины в странах общего права и в системах романо-германского права, так как эти явления имеют непохожие цели, происходят из разных источников и обусловлены неодинаковым правопониманием.

Целью правовой науки в общем праве всегда являлось направление надлежащего разрешения гражданских и уголовных дел, т.е. она носила прикладной характер.

Что же касается вопроса относительно механизма придания доктрине характера источника, то можно с уверенностью отметить, что «не существует

---

<sup>1</sup> Farrar J.H. Doctrine and Reputation. P. 75

<sup>2</sup> Теория государства и права / Под общ. ред. С.С. Алексеева. М., 1998. С. 434.

правила относительно того, как и каким образом правовая книга становится источником»<sup>1</sup>.

Какой фактор будет решающим в этом процессе, ответить практически невозможно. Этот вопрос зачастую упирается в такую сложную и неоднозначную тему как судебское усмотрение. Что в конечном итоге повлияет на мнение судьи и вдохновит его на определенную позицию, предположить порой очень сложно. Ученые описывают некоторые лишь наиболее общие черты. «Два фактора необходимо учитывать: во-первых, использование и мнение профессионалов, и, во-вторых, судебное одобрение этого мнения, выраженное судебской скамьей»<sup>2</sup>.

Таким образом, для того чтобы доктрина могла быть использована в качестве источника права, она должна вызывать уважение профессионалов, т.е. правоведов и юристов, а этот авторитет восприниматься судьями и не вызывать у них сомнений. Иными словами, доктрина должна соответствовать принципам, сложившимся в юридическом сообществе.

Движение доктринальной работы к статусу авторитетного источника схематично можно изобразить следующим образом: «в первую очередь работа признается правильной в своем определении права, умелой при изложении правовых принципов, а точнее в цитировании прецедентов; затем со временем она становится общепризнанной юристами в качестве практического и надежного руководства – наконец, через судебное действие или бездействие становится авторитетным источником»<sup>3</sup>.

Итак, можно отметить три составляющих элемента успеха правовой доктрины: технический, зависящий от навыков и компетентности ее авторов и выражающийся в определенной логике построения, технике организации и использования правовых конструкций; убеждающий, зависящий от возможностей доктрины влиять на мнение юридического сообщества,

---

<sup>1</sup> Komar В.М. Text-Books as Authority in Anglo-American Law // California Law Review. 1923. №. 11. P. 397.

<sup>2</sup> Там же. P. 399.

<sup>3</sup> Там же. P. 401.

выражающийся в ее общепризнанности в среде профессионалов; санкционирующий, заключающийся в признании доктрины судьями и использовании при построении судебной позиции и решения.

Хотя в строгом смысле авторитетные книги не являются обязательными для английских судов, их широкое цитирование как судьями, так и сторонами говорит само за себя.

Однако использование «авторитетных книг» судами в Англии наталкивалось на существенные ограничения и довольно жесткую регламентацию.

В судебной практике сложились четкие правила относительно цитирования мнений правоведов. Применение судами правовой доктрины на протяжении истории развития общего права ограничивалось двумя основополагающими принципами:

- источниками права признавались труды лишь наиболее авторитетных юристов-классиков: Р. Гленвилл, Э.Кок, Г. Брактон, У. Блэкстон и другие;

- по существовавшему соглашению (так называемой «профессиональной конвенции») запрещалось ссылаться на авторов прижизненно.

Несмотря на ясность, недвусмысленность и исторические корни последнего принципа, на практике он постоянно игнорировался, и работы признавались авторитетными источниками при жизни их авторов. Подобная тенденция была отмечена довольно давно, хотя сам принцип не был ни отменен, ни пересмотрен. «Эта практика выросла с начала прошлого века и, мы с сожалением отмечаем, продолжается в наши дни. Данное правило, конечно, не лишено значения. Это гарантия от поспешного признания авторитетности работы и как таковое является самым благотворным и похвальным. Кроме того, работа не может быть более авторитетным источником, чем ее автор»<sup>1</sup>.

В современной Англии сложилось более терпимое отношение к правовой доктрине, и авторитетные работы продолжают использоваться

---

<sup>1</sup> Komar B.M. Text-Books as Authority in Anglo-American Law. P. 403

судами при жизни их авторов. Доктрины великих правоведов Англии до сих пор оказывают огромное влияние на право и судебную практику.

Такое влияние было воспринято и правовой системой США. Унаследовав принципы общего права, правовая система США в то же время впитала черты, совершенно не свойственные ему, синтез, подчас, полярных явлений образовал особенную правовую систему и определил роль и место правовой доктрины в ней.

### **1.3. Правовая доктрина в правовой системе США**

#### **1.3.1. Влияние традиций общего и романо-германского права на правовую систему США**

Истоки общих принципов применения правовой доктрины в правовой системе США необходимо искать в истории ее формирования и развития. Соединенные штаты, безусловно, унаследовали от Англии не только систему общего права, но и функциональность, и способы формирования, и механизмы использования в юридической практике правовой доктрины.

Общее право распространилось далеко за пределы Англии. Практически все страны, в которых применяется система общего права, когда-то были колониями Англии или колониями ее колоний. Именно поэтому популярно мнение, что общее право царствует там, где распространена английская речь. Среди таких стран США, Канада (кроме Квебека), Австралия, Новая Зеландия и новые государства, например, Ямайка и Тринидад. Необходимо отметить и вклад других правовых систем, «он ощущается то тут, то там – остатки испано-мексиканского права чувствуются в Калифорнии и Техасе, но английское право, несомненно, является сильнейшим историческим элементом в нашей собственной правовой системе (обособлена в этом плане лишь Луизиана). Однако Англия и Соединенные Штаты существовали порознь в течение более чем 200 лет, и теперь между ними пролегает огромная пропасть»<sup>1</sup>.

Наследование принципов английского общего права столь очевидно, что и не отрицается американскими исследователями: «Если мы начнем с американского колониального периода, с самых ранних урегулирований до 1789 года, мы должны принимать во внимание английское право. Право метрополии было самой важной формирующей силой в нашей ранней

---

<sup>1</sup> Фридмэн Л. Введение в американское право. М., 1992. С. 19.

правовой истории, и в течение более чем века американское право фактически было английским правом»<sup>1</sup>.

Хотя принципы, продиктованные системой общего права, во многом схожи с английскими, тем не менее, как и в других аспектах, подход к правовой доктрине в праве США имеет существенные особенности.

По своей структуре право США относится к семье общего права. В США и Англии схожие концепции относительно права и его роли, одно и то же деление права, применяются те же понятия и трактовки норм права. Многие категории такие, как «общее право», «право справедливости», «доверительная собственность», понятны и американским, и английским правоведам. Юристы обеих систем настороженно относятся к законодательным нормам как нормальному типу правовых норм. Право для тех и других – это, прежде всего, право судебной практики. Законодательные же нормы внедряются в правовую жизнь лишь после того, как они будут истолкованы и неоднократно применены судьями, после чего можно будет ссылаться на прецеденты, а не на сами нормы. «Право США, следовательно, в целом имеет структуру, аналогичную структуре общего права. Однако только в целом; стоит приступить к рассмотрению той или иной проблемы, как выявляются многочисленные структурные различия между американским и английским правом, многие из которых действительно существенны и не могут сбрасываться со счетов»<sup>2</sup>.

Унаследовала правовая система США и основы правового языка и терминологии общего права. И здесь опять особое влияние оказала правовая доктрина и работы великих английских правоведов.

«Закон, на который в настоящее время полагаются, был почерпнут из книг, таких как Комментарии законов Англии Блэкстона, которые впервые появились в Америке, в 1803 году, и приобрели широкую популярность

---

<sup>1</sup> Cohen M. L., *Researching Legal History in the Digital Age* // *Law Library Journal*. 2007. № 99. P. 378.

<sup>2</sup> Давид Р. Основные правовые системы современности. С. 370.

среди американских читателей. Это гарантировало, что юридический язык, юридическая методология и основные понятия частного права в Америке должны были оставаться прочно укорененными в английскую правовую традицию»<sup>1</sup>.

Вместе с тем правовая система США имеет существенные отличия от системы английского общего права. Прежде всего, необходимо обратить внимание на то, что общее право в США не такое уж и «общее». Право США включает в себя множество порой совершенно различных правовых систем, функционирующих по своим принципам и правилам. По своей сути каждый штат имеет самостоятельную систему права, которую венчают соответствующие конституции, и собственную судебную систему, различия в которых порой выглядят значительными.

На заре своего формирования право США находилось под влиянием колониальных переселенцев, привносивших собственные обычаи и традиции. В отличие от централизованной английской судебной системы американская судебная система включает в себя федеральные суды и суды штатов, имеющие собственную юрисдикцию и создающие свои прецеденты в ее рамках. В этой связи в США параллельно развивалось федеральное прецедентное право и прецедентное право штатов<sup>2</sup>.

Но самое главное отличие системы права США заключается в том, что она вобрала в себе черты двух, во многом противоположных и конкурирующих систем, которые продолжают двигаться на встречных курсах, все более внедряясь и изменяя друг друга до неузнаваемости.

Сегодня вполне очевидно, что правовая система США не просто вобрала некоторые черты романо-германского права, но в ней столкнулись две правовые традиции: традиция континентального европейского (или гражданского) права, под которой подразумевается «способ мышления о

---

<sup>1</sup> De Cruz P. Comparative law in a changing world. Second edition. Cavendish Publishing Limited. London, 1999. P. 110.

<sup>2</sup>См.: Кананыкина Е.С. Правовая система Соединенных Штатов Америки // Международное публичное и частное право. 2009. № 1. С. 40-48.



праве и правовых институтах, укоренившийся в римском праве и развитый, по большей части, на европейском континенте с двенадцатого по девятнадцатый века»<sup>1</sup> и традиция общего права, которая «относится к праву, представленному в судах королей и королев Англии с двенадцатого по девятнадцатый века. Ко времени Американского основания судья, присяжные и система судебных приказов были ключевыми особенностями традиции»<sup>2</sup>.

Обе эти традиции не просто воспринимались американским правом, но непрестанно противопоставлялись друг другу, порождая современную правовую систему США и государственного управления. В результате получилось совершенно уникальное, синтезирующее порой исключаящие друг друга элементы государственно-правовое явление.

«Модель гражданского права опиралась на централизованное, основанное на ведомствах, государственное управление, направленное на осуществление регулирующих стандартов посредством компетентных законодателей и чиновников. Модель общего права принципиально не доверяла бюрократическому управлению, и, как следствие, определила суды в качестве надлежащего места для административного управления. В отличие от гражданского права это дало судьям и присяжным последнее слово в вопросе о необходимости регулирующих вмешательств с целью защиты общественного благосостояния и безопасности, наделяя возможностью осуществления надзора за действиями как чиновников, так и законодателей»<sup>3</sup>.

Общее право в США противопоставлялось континентальному праву. При этом причинами такого противостояния были не просто политические,

---

<sup>1</sup> Lee T.H. The Civil Law Tradition in American Constitutional Jurisprudence. P. 2. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.law.harvard.edu/faculty/faculty-workshops/lee.faculty.workshop.spring2013.pdf>.

<sup>2</sup> Там же. P. 3.

<sup>3</sup> Morag-Levine N. Common Law, Civil Law, and the Administrative State: From Coke to Lochner // Constitutional Commentary. 2007. Vol. 24. № 3. P. 604.

но глубокие идеологические мотивы, уходившие корнями к восприятию самой государственной власти и способам осуществления управления.

Одной из причин такого противопоставления являлось намерение подчеркнуть независимость нового государства и в то же время его либеральный характер. «Попытки обуздать различные волны континентального влияния на протяжении всего XIX века обращались к тому же центральному аргументу: предполагаемой абсолютистской предрасположенности континентальных государств. В такой аргументации, общее право было представлено краеугольным камнем англо-американской свободы; гражданское право выступало угрожающей антитезой. На протяжении XIX века, ведущие юристы неоднократно прославляли общее право путем прямого противопоставления гражданскому праву»<sup>1</sup>.

Однако на противостояние двух систем оказали влияние не только идеологические мотивы, но и сугубо практические вопросы, решение которых требовало задействования всех имеющихся ресурсов. Не менее важной причиной такого столкновения послужило то, что США в XIX веке не играли такой значительной роли в экономике и обществе, как в XX веке. «Вакуум, оставленный государством, был заполнен юристами общего права, которые играли соответственно большую роль в формулировании права для живых, динамичных и умножающихся формы правления и экономики Америки. Даже когда их обвинили в политической предвзятости, американские юристы общего права девятнадцатого века чрезвычайно серьезно восприняли роль хранителей экономики и сообществ Америки»<sup>2</sup>.

Безусловно, одним из самых значительных факторов является исторически существенная роль законодательства и систематизации в американском праве, отсутствие собственной глубокой прецедентной практики. В отличие от Англии в США, по сути, отсутствовал период, когда

---

<sup>1</sup> Morag-Levine N. Common Law, Civil Law, and the Administrative State: From Coke to Lochner. P. 606.

<sup>2</sup> Parker K.M. Law «In» and «As» History: The Common Law in the American Polity, 1790–1900 // UC Irvine law review. 2011. Vol. 1:3.P. 596.

право формировалось лишь судебными решениями, законы, носящие название статутов, всегда играли существенную роль в системе источников американского права. С середины двадцатого века количество статутов увеличилось настолько, что многие исследователи начали говорить о наступлении «эпохи статутов» («statutory age», «age of statutes»)<sup>1</sup>.

Роль законодательства и кодификации права в США, которые представлены Конституцией США, конституциями штатов, федеральными законами, законами штатов, кодексами (Consolidated law) или кодексами законов США (United States Code Annotated) непрерывно расширяется. Однако даже при наличии соответствующего статута или кодифицированного акта, регулирующего конкретные общественные отношения, их восприятие и практические подходы имеют существенную специфику.

При возникновении вопроса о толковании судьи основное внимание уделяют терминам, использовавшимся составителями нормы права. При этом нормы прецедентного права играют вспомогательную роль при разъяснении этих терминов<sup>2</sup>.

При всем этом, как уже отмечалось, романо-германская система и семья общего права имеют отличные друг от друга принципы построения, применения и использования правовой доктрины. Конфронтация данных систем в праве США привела к синтетическому характеру значения правовой доктрины.

С одной стороны, правовая доктрина активно включена в законодательную и кодификационную деятельность, с другой – участвует в формировании прецедентного права через деятельность судов и использование в судебных решениях.

---

<sup>1</sup> См.: Петрова Е.А. Особенности систематизации американского законодательства // Вектор науки ТГУ. 2010. № 2 (2). С. 129.

<sup>2</sup> См.: Кананькина Е.С. Правовая система Соединенных Штатов Америки // Международное публичное и частное право. 2009. № 1. С. 40-48.

Как и в Англии, доктрина в правовой системе США является важным элементом правоприменительной практики судов.

Как ни парадоксально, значительный авторитет работ английских правоведов распространился и в судебном правоприменении США. Многие исследователи отмечают эту особенность, указывая, что еще в конце девятнадцатого века труд У. Блэкстона «Комментарии к законам Англии» пользовался большим влиянием на судебную практику и правовую систему США в целом<sup>1</sup>.

В связи с отмеченными различиями систем американского и английского права положение доктрины в США приобрело определенные особенности, не свойственные классическому общему праву.

### **1.3.2. Понятие, место и особенности правовой доктрины в системе источников права США**

Принимая во внимание тот факт, что правовая доктрина реализует свои качества источника права опосредованно через другие формы права, для установления особенностей положения правовой доктрины необходимо рассмотреть ее сквозь призму основных источников в правовой системе США – прецедента и законодательства.

Роль правовой доктрины в американской правовой системе, главным образом, проявляется на стадии правоприменения как при выстраивании и аргументации сторонами своих позиций, так и при вынесении решения судом. Это классическая для правовой системы общего права модель.

В этом смысле наиболее наглядно проявляется опосредованный судебной практикой характер воздействия правовой доктрины на право.

Многие американские исследователи довольно красочно описывают взаимоотношения доктрины и судебной практики, утверждая, что доктрина не является официальным источником права в системе общего права, в связи с чем и голос ее автора будет звучать тихо и почтительно до тех пор, пока

---

<sup>1</sup> См.: Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001. С. 442.

судьи не убедятся в необходимости принять предложенное мнение, что сделает доктрину правом и позволит ее автору спокойно отметить этот успех<sup>1</sup>.

Однако не следует забывать о том, что доктрина несет с собой огромную убеждающую и аргументирующую нагрузку. Хотя юридические трактаты стараются описывать право нейтрально и объективно, но при этом неизбежно осуществляют серьезную пропаганду в отношении формирования взглядов относительно того, что же представляет из себя право<sup>2</sup>.

Именно на примере США, правовая система которых построена на принципах общего права и восприняла значительные черты права континентального, наиболее наглядно проявляется двойственность правовой доктрины и ее исключительное значение для современных правовых семей.

Однако стоит обратить внимание на тот факт, что в США понятие правовой доктрины сталкивается с определенными сложностями, поскольку существует схожее понятие, относящееся к судебному правоприменению.

Доктрина – «правило или принцип права, установленный посредством повторяющегося применения правового прецедента»<sup>3</sup>.

«Во многих отношениях, доктрина, или прецедент, является правом, по крайней мере, так как она исходит от судов. Судебные мнения создают правила и стандарты, которые включают в себя доктрину»<sup>4</sup>.

В США огромную роль играет и широко распространено понятие «судебная доктрина». Особое значение для американской правовой системы приобретают «не столько мнения отдельных, пусть даже самых выдающихся юристов, сколько цельные систематизированные доктрины, сложившиеся в результате многолетней академической и практической деятельности

---

<sup>1</sup> См.: Fernandez A. & Dubber M.D. Introduction: Putting the Legal Treatise in Its Place. Law Books in Action: Essays on the Anglo-American Legal Treatise, Oxford. 2012. 252 p.

<sup>2</sup> См.: Там же.

<sup>3</sup> Duhaime's Law Dictionary. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.duhaime.org/LegalDictionary.aspx>

<sup>4</sup> Tiller E.H., Cross F.B. What is legal doctrine? // Northwestern University Law Review. 100:517. 2006. P. 517.

теоретиков государства и права... В США – это многочисленные судебные доктрины типа доктрины «политического вопроса», запрещающей федеральным судам принимать к своему рассмотрению дела политического свойства, поскольку все такие дела содержат в себе «политический конфликт», который должен решаться не в судебном порядке, а с помощью политических средств. К этому же виду доктрин относятся судебные доктрины «государственных действий», «явной и наличной опасности», «вредной направленности» и многие другие доктрины, сформировавшиеся в результате вынесения судами целой серии однотипных судебных решений»<sup>1</sup>.

Вот почему стоит различать понятия «правовая доктрина» и «судебная доктрина». В отношении переходящих из одного судебного решения в другое принципов разрешения конкретных ситуаций следует говорить о «судебной» доктрине, поскольку существование данного явления связано именно с деятельностью судов и принципами, действующими в системах общего права. Конечно, теоретические разработки вносят значительный вклад в формулирование подобных доктрин, но ключевое значение связано именно с прецедентной практикой. В процессе принятия решений по схожим вопросам суды определяют правила судебного правоприменения в конкретной ситуации. В этом аспекте судебные доктрины происходят из судебной практики (прецедентов), а не из идей и трудов правоведов (хотя их влияние на формирование судебных доктрин, определенно, имеет место)<sup>2</sup>.

Судебные доктрины – характерное явление системы общего права, поскольку в романо-германской правовой системе судебные органы в большой степени лишены возможности устанавливать переходящие из решения в решение правила, в связи с менее значительной ролью прецедента как источника права. Однако в последнее время данное явление активно исследуется и в российской правовой системе, что позволяет говорить о

---

<sup>1</sup> Марченко М.Н. Источники права. М., 2008. С. 607.

<sup>2</sup> См.: Николаев Б.В., Емелин М.Ю. Понятие правовой доктрины в правовой системе США // Известия ПГПУ им. В.Г. Белинского. 2012. № 28. С.143-147.

наличии подобного элемента в нашем праве, например, доктрина Конституционного Суда РФ.

Постепенно с разрешением множества аналогичных дел значение первого прецедента утрачивается, а последний начинает восприниматься как существующий сам по себе благодаря многократному применению, т.е. как судебная доктрина. Судебные доктрины обобщают судебную практику. Такие судебные доктрины выступают довольно сложным правовым явлением, границы применения которого постоянно корректируются, а содержание обогащается<sup>1</sup>.

«Однако не менее очевидным является и то, что значимость их в системе источников англосаксонского права по мере развития общества и государства не только не возрастает, а наоборот, все больше уменьшается. Об этом свидетельствует, например, выхолащивание значимости таких фундаментальных доктрин, как «верховенство парламента» за счет усиления роли делегированного законодательства; размывание содержания доктрины «политического вопроса» в силу того, что суды США, начиная с 1970-х годов, стали принимать к своему рассмотрению и политические споры; утрата прежней роли и значимости доктрины обязательного следования прецеденту (*stare decisis*) в силу того, что Палата лордов Англии, Верховный Суд США, а также высшие судебные инстанции других стран англосаксонского права все чаще отказываются от соблюдения своих собственных решений, и др.»<sup>2</sup>.

В правовой системе США «правовую» доктрину характеризуют такие термины, как «юридическая литература», «юридическое письмо», «юридическая наука», «правовая теория».

Правовая доктрина в системе общего права подчас приобретает гораздо большее значение, тесно взаимодействует с правоприменителем, выстраивая

---

<sup>1</sup> См.: Тарибо В.Е. Судебные доктрины и практика Конституционного Суда Российской Федерации // Право и политика. 2005. № 2. С. 118-122.

<sup>2</sup> Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. С. 444.

тот фундамент, на котором строятся судебные решения, создавая и модифицируя судебные доктрины.

Как уже отмечалось, правовая доктрина в странах общего права, в том числе и США, носит особый характер по сравнению с доктриной в континентальной системе права. Она в меньшей степени тяготеет к объемным трактатам системного характера и теоретизированного плана. Наиболее важной задачей, которой подчинены практически все элементы правовой системы общего права, является разрешение конкретных жизненных ситуаций. Этой задаче служит и правовая доктрина, представляющая собой руководство для судей и практиков, обзоры существующих источников права и комментарии по их применению. Именно поэтому правовая доктрина не выступает монолитным и четко структурированным явлением. Изначально она выполняла другую функцию, не связанную с построением системы права и обоснованием ее конструкций. Решением разрозненных судебных вопросов и обосновывается ее хаотичность и определенная бессистемность. Эти особенности характера правовой доктрины и ее целей были спроецированы и на те формы, в которых она сосредоточена.

Наиболее близкое к европейской правовой системе значение имеет такое понятие как *legal scholarship* («правовая наука», «правовое образование», «правовая школа»), которая как раз и включает в себя исследования правоведов и академиков.

Оксфордский словарь дает простое определение слова *scholarship* – «академическое исследование или достижение; изучение на высоком уровне»<sup>1</sup>.

В понятие *scholarship* включаются, прежде всего, академические работы и статьи преподавателей и студентов правовых школ, как правило, публикуемые в обзорах и журналах, издаваемых учебными заведениями. Это

---

<sup>1</sup> The Oxford Dictionaries Online by the Oxford University Press. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.oxforddictionaries.com>.



понятие противопоставляется правовой практике, по сути, представляя собой правовую теорию в широком смысле как совокупность академических взглядов, противопоставленную взглядам практиков: судей, законодателей, чиновников. Однако само по себе является не полным, так как не включает ряд элементов, например, классические трактаты английских правоведов и «отцов-основателей» США.

Именно в подобном контексте правовая доктрина рассматривается в настоящем диссертационном исследовании. Для более широкого понимания подобного явления также необходимо определиться, что же оно включает в себя. Поскольку, кроме академических усилий студентов и профессоров, в повседневную жизнь американского права активно включается огромный массив доктринальных исследований.

Именно такое значение и следует интегрировать в термин правовая доктрина, т.е. весь массив теоретической, академической мысли и ее отдельные идеи, нашедшие свое практическое применение.

Исследователи так характеризуют это понятие: «Так что же такое стандартная правовая наука (legal scholarship)? Она определяется отсылкой к трем взаимосвязанным характеристикам: (1) это предписывающий характер; (2) она направлена не только на других ученых, но и на чиновников и практиков, и (3) использует язык, который типичен для специалистов по праву, являющихся частью ее аудитории»<sup>1</sup>.

При этом «... стандартная правовая наука (standard legal scholarship) ... аргументирует фундаментально на основе доктрины, то есть на основе формальных правил, установленных в прецеденте, законодательстве и обычае»<sup>2</sup>.

Какое же место занимает правовая доктрина в системе источников права США? Прежде всего, необходимо отметить, что на саму правовую систему

---

<sup>1</sup> Shecaira F.P. Legal Scholarship as a Source of Law // Open Access Dissertations and Theses. Paper 6842. 2012. P. 62.

<sup>2</sup> Там же. P. 62.

США налагает огромный отпечаток самостоятельность штатов, их правовых и судебных систем.

Для судебной системы США свойственен некий дуализм, т.е. параллельное существование федеральной судебной системы и судебной системы штатов. Большинство гражданских дел рассматривается именно судами штатов (по примерным подсчетам в 70 раз больше, чем федеральные суды). При этом обе системы носят автономный характер: имеют собственные источники права, которыми руководствуются при разрешении дел; имеют различные центры управления; разрешают споры на основании разделения подведомственности гражданских дел.

Как федеральные, так и суды штатов основывают свои решения на трех основных источниках: 1) конституционном праве; 2) законодательстве; 3) нормах общего права<sup>1</sup>.

По сравнению с континентальной системой права в американском праве отчетливо прослеживается деление источников права на первичные и вторичные (вспомогательные). Сочетание американской правовой системой признаков разных правовых семей отразилось и на характере источников права. Так, к первичным источникам американского права относятся, прежде всего, законодательный акт (статутное право), судебные прецеденты (общее право).

Безусловно, общее, прецедентное право является главным источником права США, который достался как наследие Англии с колониального времени. Вслед за прецедентным правом следует назвать законодательство или законы, издаваемые конгрессом и легислатурами штатов. Конституция США и конституции штатов находятся на вершине системы источников, на их базе строится так называемое конституционное право. Подзаконные акты, принимаемые органами исполнительной власти, являются еще одним

---

<sup>1</sup> См.: Аболонин Г.О. О судебной системе США // Вестник гражданского процесса. 2014. № 1. С. 153-175.

важным и набирающим популярность источником, совокупность которых составляет административное право<sup>1</sup>.

Второстепенными источниками права США в литературе обычно называют: делегированное законодательство, обычаи, правовые доктрины и «судейский разум»<sup>2</sup>.

Правовая доктрина традиционно относится к вторичным, вспомогательным источникам права, призванным восполнять отсутствие первичных, либо оказывать содействие в их отыскании. При этом значение таких источников проявляется в следующем.

Во-первых, они зачастую выступают отправной точкой для исследователя. Поскольку правовая доктрина – это, прежде всего, исследование определенного правового вопроса или ситуации, то подобные источники позволяют относительно быстро ознакомиться с новой темой и получить широкие представления о предмете исследования, а также определиться со стратегией в избранном направлении.

Во-вторых, они оказывают содействие в поисках первичных источников. Особенность доктринальных источников в США состоит в том, что они всегда предлагают наличие основных источников, осуществляющих регулирование предмета исследования. Чем детальнее исследование, тем большие возможности предоставляются для отыскания первичных источников.

И, в-третьих, в некоторых случаях могут быть признаны авторитетными источниками и используются в качестве аргументации перед судом и судьями в своих решениях.

Именно в последнем качестве правовая доктрина может приобрести статус источника права при условии использования ее судом при разрешении конкретного спора.

---

<sup>1</sup> См.: Шумилов В.М. Особенности общего права США // США-Канада: Экономика, политика, культура: Ежемесячный научный и общественно-политический журнал. 2003. № 2. С. 118-127.

<sup>2</sup> См., например: Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. С. 423.

Характеризуя правовую доктрину, остановимся подробнее на тех формах, в которых она может заключаться и откуда может черпаться для использования в правоприменительной практике. Такими формами выступают:

*Правовые словари (Legal Dictionaries).* Когда дело касается толкования конкретного термина, прежде всего Конституции США, при решении конкретного дела суды часто используют правовые словари, авторитет которых не позволяет усомниться в обоснованности такого применения. В правовой системе США нередко использование латинских определений, поэтому обращение к такому авторитетному источнику для их разъяснения становится жизненно необходимым в случае наличия спора о характере и толковании употребляемого термина.

Юридический словарь Блэка (Black's Law Dictionary) является одним из наиболее авторитетных и часто используемых американскими судами. Применение словарей обуславливается не только необходимостью толкования терминов, но и теми задачами, которые ставит перед собой суд, прибегая к их помощи. Так, одним из ярчайших примеров использования словарей является дело *Округ Колумбия против Хеллера*. Верховный суд США, давая толкование тексту Второй поправки в данном деле, начал с выяснения вопроса о том, что подразумевается под оружием: «Издание словаря Сэмюэля Джонсона 1773 года определяет «оружие» (arms) как «орудие (weapon) нападения или доспехи (armour) для защиты». Авторитетный юридический словарь Тимоти Каннингема 1771 года определяет «оружие» как «любую вещь, которую человек носит для своей защиты, или берет в свои руки, или использует в гневе, чтобы бросить или ударить другого»<sup>1</sup>. Этот пример демонстрирует сразу две техники, к которым зачастую прибегают американские судьи в своих решениях. В данном деле использовались не просто словари для уяснения значения отдельного термина, но применялись словари примерно того же периода, что и исходный

---

<sup>1</sup> District of Columbia, et al., v. Dick Anthony Heller. 554 U.S. 2008.

текст. Суд выбрал именно такой вариант не случайно, а для того чтобы установить значение термина в конкретное время, что явно придает больший вес данному источнику и выводам судебного решения в целом.

Использование судом словарей, таким образом, может придать особую убедительность аргументам суда и призвано засвидетельствовать смысл, который вкладывался в то или иное понятие.

*Правовые энциклопедии (Legal Encyclopedias).* Как правило, представляют собой сборники статей, расположенных в определенном порядке (обычно алфавитном). Правовые энциклопедии имеют широкий охват американского права как федерального, так и права штатов. Полезны они и для обнаружения дел по конкретным правовым вопросам. Наибольшее значение они имеют в самом начале изучения конкретной проблемы, поскольку представляют своеобразный начальный обзор конкретной проблематики.

Именно поэтому «справочные материалы такие, как энциклопедии часто являются первыми текстами, с которыми люди консультируются в поисках ответов на свои повседневные вопросы»<sup>1</sup>.

Наиболее популярными из них являются *American Jurisprudence 2d (AmJur)* и *Corpus Juris Secundum (CJS)*. В некоторых штатах также имеются свои издания правовых энциклопедий. Например, *California Jurisprudence*.

*Аннотированные отчеты по праву (Annotated Law Reports).* Состоят из наиболее наглядных дел с аннотациями к ним, сфокусированными на узкой тематике.

*Правовая периодика (Legal Periodicals).* Речь идет, прежде всего, о статьях в журналах по праву, а также публикуемых обзорах. Данные статьи создаются, как правило, научно-преподавательским составом университетов и правовых школ.

---

<sup>1</sup> Rasoamampianina V. A. How is encyclopedia authority established?: PhD thesis. University of Glasgow // Glasgow Theses Service, 2012. P. 9.

*Правовые трактаты, книги и учебники.* Данный пласт источников включает в себя труды, начиная от самых азов юриспруденции и заканчивая монографиями признанных авторитетов в области права. Сюда же можно отнести комментарии и исследования правоведов. Они заключают в себе наиболее детальную проработку отдельных вопросов, поэтому по праву считаются содержащими в себе наиболее обоснованные и проработанные идеи. В этой связи авторитетными источниками чаще всего признаются именно они.

*Своды прецедентов.* Одним из самых известных является *Restatement of the Law*, разработанный Американским институтом права, который включает в себя прецеденты, расположенные в систематизированном по отдельным сферам порядке.

Такие сборники обычно систематизированы по разделам, включая договорное право, деликтное право, представительство, доверительная собственность, право собственности, возмещение ущерба, обеспечение обязательств, процесс вынесения решений и коллизионное право<sup>1</sup>.

Более подробно деятельность упомянутого Института права, роль свода, а также их вклад в правовую систему будут рассмотрены в следующей главе.

*Правовые каталоги (Legal Directories)* и другие ресурсы, имеющие прикладное, поисковое значение.

Особое значение подобные источники приобретают в случае коллизии или пробелов в регулировании, а также в случае, если по тем или иным причинам имевший место ранее прецедент должен быть низвергнут. Что влечет за собой огромный общественный резонанс как в случае с делом *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954 г.). В подобных делах позиция суда должна быть максимально обоснованной и убедительной, что и

---

<sup>1</sup> См.: Шумилов В.М. Особенности общего права США // США. Канада: Экономика, политика, культура: Ежемесячный научный и общественно-политический журнал. 2003. № 2. С. 118-127.

приводит к максимальному использованию всех доступных ресурсов и источников.

Утверждать, что все указанные ресурсы сами по себе составляют доктрину, нельзя. Только отдельные положения из данных источников могут приобрести статус правовой доктрины при определенных условиях. И, конечно, значение разных ресурсов и положений из них будут различаться. В основной массе случаев эти источники применяются в качестве подтверждения выводов суда и обстоятельств, устанавливаемых в ходе разбирательства, а также демонстрируют общеизвестные истины. Однако в некоторых случаях составляют основу судебных доктрин, переходящих и развиваемых в последующей судебной практике. При наличии коллизии, отсутствия первичного источника права, необходимого прецедента, судьи могут использовать разнообразный материал, исходя из решаемых задач в конкретном деле, включая принципы права, существующие статуты, правовые и научные доктрины, политику государства<sup>1</sup>.

Перечисленные ресурсы являются источниками, из которых суды черпают правовые идеи и концепции для разрешения нестандартных ситуаций, т.е., по сути, выступают формами, в которых заключена правовая доктрина.

Убедительность подобного вторичного источника обуславливается следующими факторами: репутацией автора и его компетентностью, репутацией организации, под чьим именем осуществляется публикация; возрастом источника; глубиной анализа и детальностью исследования; областью права, которой посвящено исследование.

Интересна теория о познавательном авторитете таких источников (*cognitive authority*). С точки зрения данной концепции, определенный авторитет могут приобретать не только авторы, но и отдельные работы.

---

<sup>1</sup> См.: Шумилов В.М. Особенности общего права США. С. 118-127.

«Хотя установлено, что познавательный авторитет относится в основном к индивидам, есть противоположные точки зрения о том, что познавательный авторитет также может быть обнаружен и в текстах»<sup>1</sup>.

«Даже среди более образованной публики тексты, которые были использованы многими или которые были использованы в течение достаточно долгого времени, могут приобрести репутацию – а следовательно, авторитет – сами по себе. Некоторые типы текстов, в частности, попадают под эту категорию»<sup>2</sup>.

Это в полной мере можно отнести и к судебному сообществу и законодателям. Авторитетные работы специалистов в отдельных областях права, а также целые тенденции и движения в правовой научной мысли не могут быть проигнорированы правотворцами и активно внедряются в создаваемый ими продукт – законодательный акт и судебное решение.

Таким образом, сама функция и роль доктрины в праве США сложилась под воздействием двух отмеченных ранее тенденций и традиций, соответственно в нем в определенных пропорциях присутствуют черты обеих. В прецедентной его части она свидетельствует, подтверждает наличие принципов права и наиболее близка к возможности быть признанной в качестве формы права, в законодательной – участвует в построении, обобщении и систематизации правового материала, сосредотачивая в себе огромную созидательную силу.

---

<sup>1</sup> Rasoamampianina V.A. How is encyclopedia authority established?: PhD thesis, University of Glasgow, Glasgow Theses Service, 2012. P. 31.

<sup>2</sup> Там же. P. 32.



## **Глава 2. Значение правовой доктрины как источника права США**

### **2.1. Правовая доктрина и законодательство**

#### **2.1.1. Влияние правовой доктрины на формирование конституционных положений**

Правовая доктрина имеет огромное значение для развития права и правовой системы государства, выступая идееобразующим и конструирующим фактором. Особенно наглядно подобное влияние можно проследить на примере законодательства.

Некоторые правоведы связывают развитие правовой доктрины с уровнем развития правового государства в целом и борьбой с юридическим формализмом<sup>1</sup>.

Значение доктрины в формировании законодательства романо-германских стран очевидно и не может отрицаться.

Как уже неоднократно отмечалось, исторически в течение длительного периода времени именно доктрина была основным источником права в романо-германской правовой семье, в которой именно университеты на протяжении веков разрабатывали основные принципы права. Лишь с победой идей демократии и кодификации относительно недавно место доктрины занял закон<sup>2</sup>.

Такая значительная роль правовой доктрины в системе континентального права связана, прежде всего, с особенностями самой правовой системы, необходимостью конструирования обобщенных норм высокой степени абстрагирования от конкретных ситуаций.

«В отдельные эпохи влияние толкования на законодателя было заметным. Потье оказал самое непосредственное влияние на Кодекс Наполеона. Современная реформа в сфере семейного права и в вопросах

---

<sup>1</sup> См.: Федорченко А. Правовая доктрина – надежда остается // ЭЖ-Юрист. 2011. № 47. С.1, 5.

<sup>2</sup> См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 105.

поражения в правах во многом обязана Карбонье... Влияние теории на судебную практику еще более очевидно...»<sup>1</sup>.

В современную эпоху соотношение законодательных и доктринальных источников права по сравнению со старым правом, может показаться несколько иным, но при этом роль юристов в этом праве по-прежнему огромна в силу требований традиции<sup>2</sup>.

Недооценка роли доктрины в законотворческом процессе в системе общего права связана, прежде всего, с менее значительной ролью закона и большим значением судебного правотворчества.

Правовая система США, восприняв определенные черты, присущие романо-германскому праву, перенесла и значительную роль правовой доктрины и ее влияние на законодательство.

Ни при каких обстоятельствах не следует забывать, что правовая доктрина, представляющая собой систему господствующих в обществе представлений о праве, наделена способностью не только отражать правовую действительность, но также имеет возможность творчески преобразовывать различные части правовой системы такие, как правосознание, правотворчество, правореализация и позитивное право<sup>3</sup>.

Нет необходимости останавливаться на том факте, что правовая система США (а точнее ее конституционное основание) построена на доктринах естественного права и общественного договора, господствовавших над умами «отцов-основателей».

Вслед за усилением роли законов в праве США можно отметить и повышение значения правовой доктрины в законотворческом процессе по сравнению с английским общим правом.

---

<sup>1</sup> Бергель Ж.Л. Общая теория права. М., 2000. С. 133.

<sup>2</sup> См.: Федорченко А. Указ. соч. С. 1, 5.

<sup>3</sup> См. подробнее: Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права // Публично-правовые исследования (электронный журнал). 2012. № 2.

Законодательство США образуют две самостоятельные системы законодательных актов: федеральная система и законодательные системы штатов. В состав законодательства также включаются акты местных властей.

Вершиной обеих систем является Конституция США. В то же время каждый штат имеет собственную конституцию, представляющую основу законодательной системы штата. Конституция – это тот элемент, который и предопределяет особенный, по сравнению с классическим общим правом, путь развития американской правовой системы. Ее роль в правовой системе США исключительна и огромна.

Конституция США была разработана и принята Конституционным конвентом 1787 года в Филадельфии. Делегатов от штатов и участников этого Конвента в США принято называть «отцами-основателями». Для населения Соединенных штатов Конституция – не просто документ, закрепивший базовые правовые принципы, но гораздо большее, поскольку Конституция – это воплощение самого создания государства, провозглашение его независимости и свободы. Поэтому в США отмечается гораздо более трепетное отношение к Конституции, чем в европейских государствах, в которых конституции в лучшем случае провозглашали изменения в государственном строе.

В первоначальный текст Конституции не вошли положения, гарантирующие права граждан, в этой связи в 1789 году Конгрессом США приняты первые десять поправок, получивших название Билля о правах. Эти документы образуют основу современной правовой системы США.

Именно на примере Конституции, процессе ее создания и толкования Верховным судом США наиболее наглядно прослеживается роль и значение правовой доктрины в законодательстве и законотворческом процессе. При этом положение правовой доктрины в этом плане сходно с ее положением в романо-германском праве, то есть она выступает важной формирующей право силой, но ее значение игнорируется.

Конституция США обладает высшей юридической силой. Принцип верховенства Конституции США и федеральных законов над законами штатов является ключевым в системе законодательства. Этот принцип предполагает, что суды штатов обязаны следовать нормам Конституции при принятии конкретных решений по гражданским делам<sup>1</sup>.

Общепризнанным и бесспорным фактом является то, что политические и идеологические взгляды создателей американского государства положены в основу Конституции: «Им было предназначено стать «отцами Конституции», считавшимися в некотором роде полубогами. Но они определенно ими не были. Они были практичными людьми, имевшими опыт в бизнесе, юриспруденции и политике. «Отцы Конституции» боролись друг с другом из-за богатства и влияния»<sup>2</sup>.

Не стоит идеализировать их подход и взгляды на Конституцию и ее положения, поскольку преследуемые ими цели порой были довольно практичны. В то же время «отцы-основатели» черпали свои идеи под влиянием господствовавших взглядов на право и государство того времени.

Несмотря на тот факт, являлись ли они крупными собственниками или нет, «отцы-основатели», тем не менее, были подчинены определенному мировоззрению – мировоззрению буржуазному, которое и отразилось в положениях Конституции США<sup>3</sup>.

Политические взгляды «отцов-основателей» сформировались под влиянием идей просветителей. Вот как характеризуются правовые идеи одной из ключевых фигур эпохи построения американского государства:

«Взгляды Джефферсона в целом определялись ценностями эпохи Просвещения, в которую он сформировался как мыслитель и как политический деятель... В вопросах этики Джефферсон, вслед за

---

<sup>1</sup> См.: Аболонин Г.О. О судебной системе США // Вестник гражданского процесса. 2014. № 1. С. 153-175.

<sup>2</sup> Селигмен Б. Сильные мира сего: бизнес и бизнесмены в американской истории. М., 1976, С. 52, 54.

<sup>3</sup> См.: Согрин В.В. Принятие Конституции США: мифы и реальность // Новая и новейшая история. 1987. № 2. С. 41-57.

шотландскими и английскими мыслителями Т. Ридом, Э. Шефтсбери и Ф. Хатчесоном, исходил из того, что человеку свойственно моральное чувство, связанное с самой его природой и являющееся «частью нашей природной конституции»... Очень важна для понимания политической философии Джефферсона его трактовка такой классической для общественной мысли эпохи Просвещения категории, как «естественное право». Без сомнения, эта категория является у мыслителя одной из ключевых, что роднит его систему взглядов, в частности, с политической философией Локка»<sup>1</sup>.

Не стоит, однако, воспринимать Конституцию США как слепое копирование идей европейских просветителей. Перед «отцами-основателями» стояла определенная задача – создание сильного и независимого государства, в этой связи не все умозрительные конструкции теоретиков государства и права годились для достижения поставленной цели.

Согрин В.В. обращает внимание, что если соотносить философию «отцов-основателей» с различными концепциями эпохи Просвещения, становится очевидным, что авторы Конституции восприняли только умеренные принципы, решительно отметая радикальные. А многие из положений Конституции явно противоречили основным заповедям Просвещения. Например, в нарушение ключевого принципа о юридическом равенстве людей, сохранялось рабство<sup>2</sup>.

Однако все составные элементы конституционного строя США собирались из передовых идей просвещения. Так, например, идея разделения властей в конституционной теории неразрывно связана с именами Д. Локка и Ш. Монтескье, концепция верховенства парламента – А. Дайси, концепция судов с полномочиями конституционного контроля – Г. Кельзена<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Сытин А.Г. Политическая философия демократии: вклад Томаса Джефферсона // Полис. 2008. № 1. С.155-156.

<sup>2</sup> См.: Согрин В.В. Указ. соч. С. 41-57.

<sup>3</sup> См.: Павликов С.Г. О доктрине как источнике права // Государство и право. 2013. № 6. С. 18-25.

Билль о правах также был разработан «отцами-основателями». Первоначальный его текст был подготовлен Джеймсом Мэдисоном. Его принятие, однако, связано с серьезной критикой Конституции, в том числе и со стороны видных деятелей. Одним из наиболее авторитетных сторонников внесения изменений, которые бы демократизировали принятый документ, был Томас Джефферсон. В своей переписке он соглашался одобрить Конституцию, но только при условии внесения в нее поправок. «После того как конституция была ратифицирована 9 штатами, он писал, что готов рассматривать ее как хорошую канву, нуждающуюся в нанесении некоторых штрихов. Джефферсон пояснял это необходимостью дополнения конституции Биллем о правах»<sup>1</sup>.

Влияние идей просвещения признавалось и самими «отцами-основателями». Томас Джефферсон писал: «Бекон, Локк и Ньютон... Я рассматриваю их как трех самых великих мужчин, которые когда-либо жили, без какого-либо исключения, и как положивших начало тем надстройкам, которые были воздвигнуты в физических и этических науках»<sup>2</sup>.

Не стоит, однако, превозносить и преувеличивать идеологическую основу Конституции США: «Когда обращаешься к огромной массе комментариев и толкований, которая образовалась вокруг Конституции США, то невольно удивляешься тому, как мало абстрактных вопросов теории государства поднималось во время ее разработки и принятия... Члены Конвента руководствовались не столько теорией Монтескье, сколько практическими соображениями экономического детерминизма»<sup>3</sup>.

«Отцы-основатели» решали поставленные перед ними эпохой и политической обстановкой практические задачи, а не пытались осуществить эксперимент по претворению в жизнь «идеального» с точки зрения теории государства.

---

<sup>1</sup> История США том 1: 1607-1877. М., 1983. С. 196.

<sup>2</sup> Письмо Томаса Джефферсона Ричарду Прайсу, 8 января 1789. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.let.rug.nl/usa/P/tj3/writings/brf/jefl74.htm>.

<sup>3</sup> Паррингтон В. Основные течения американской мысли. М., 1962. С. 352, 355.

Мнения «отцов-основателей» при этом признаются авторитетными и, несомненно, выступают значимым элементом конституционного права США.

Эти мнения зафиксированы в самых различных формах: трактатах, письмах, выступлениях.

Одним из важнейших доктринальных источников выступает серия из 85 статей, изданных А. Гамильтоном, Дж. Мэдисоном, и Дж. Джеем.

Эти эссе, выходявшие под псевдонимом «Публиус», в конечном итоге были объединены в книгу под названием «Федералист» перед выборами в Нью-Йоркский конвент по ратификации. «10-я статья «Федералиста», написанная Мэдисоном, и сегодня еще оценивается как одна из первых концепций современного плюрализма группировок. Мэдисон называл принцип представительства жизненным нервом республиканской формы правления и утверждал, что применение федеративного принципа позволит создать обширную, простирающуюся далеко на запад республиканскую государственность. Серия статей в целом считается подлинным комментарием к конституции поколения основателей»<sup>1</sup>.

О значении правовой доктрины при создании Конституции США говорит и постоянное обращение к ней при толковании конституционных положений.

Исследование основных механизмов и концепций, заложенных в основу интерпретации Конституции США, дает возможность погрузиться в самую суть конституционного строя и понять основные факторы и источники развития этого государства, принимая во внимание тот факт, что Конституция США является первым в мире основным законом государства<sup>2</sup>.

Толкование Конституции США, по мнению исследователей, может опираться на различные источники: 1) текст и структура Конституции США

---

<sup>1</sup> Хайдекинг Ю. Американские президенты: 41 исторический портрет от Джорджа Вашингтона до Билла Клинтона. Ростов-на-Дону, 1997. С. 111-112.

<sup>2</sup> См.: Берляевский Л.Г. Оригиналистская доктрина в конституционном праве США // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 10. С. 68-71.

1787 г.; 2) намерения субъектов, которые разрабатывали проект Конституции, голосовали за его принятие на Филадельфийском конвенте (25 мая – 17 сентября 1787 г.) либо при ратификации в штатах; 3) судебные прецеденты; 4) социальные, политические и экономические последствия альтернативных интерпретаций Конституции; 5) естественно-правовую доктрину<sup>1</sup>.

Установление подлинных целей и намерений «отцов-основателей», определение того смысла, который они вкладывали в то или иное конституционное положение, зачастую играют решающую роль в процессе толкования, учитывая лаконичность формулировок Конституции США.

Оригиналистская концепция в случае восприятия ее большинством судей требует установления истинных намерений «отцов-основателей» при принятии Конституции. Для этого толкователям необходимо прибегнуть к таким памятникам как Декларация независимости и анализу концепции либерализма, которая воплотилась в Конституции. Вместе с тем вопрос о возможности толкования конституционных положений на основе намерения «отцов-основателей» далеко не однозначен. Споры по данному поводу начали возникать сразу после 1787 года и обрели еще более острый характер в деятельности Верховного суда США 1960-1970 годов, отмечаемых как время судейского активизма<sup>2</sup>.

При данном методе толкования Конституции США невозможно избежать использования доктринальных работ и идей «отцов-основателей», а также других авторитетных исследователей, поскольку именно они являются подлинными свидетельствами намерений и идей, вложенных в текст Конституции США ее разработчиками и лицами, участвовавшими в ее принятии и ратификации. При этом мнения создателей Конституции, зафиксированные в самых различных формах, активно используются

---

<sup>1</sup> См.: Берлявский Л.Г. Оригиналистская доктрина в конституционном праве США // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 10. С. 68-71.

<sup>2</sup> См.: Там же.



судьями, по сути, включаясь ими в систему источников, на которые они опираются при вынесении решения.

Безусловно, идеи «отцов-основателей» легли в основу многих конституционных положений. Рассмотрим данное влияние на конкретном примере.

Первая поправка к Конституции США гласит: «Конгресс не должен издавать ни единого закона, относящегося к установлению религии или запрещающего свободное исповедание оной, либо ограничивающего свободу слова или печати либо право народа мирно собираться и обращаться к Правительству с петициями об удовлетворении жалоб»<sup>1</sup>.

Данная формулировка включает в себя *положение об установлении и положение о свободном исповедании* религии. Данные идеи об отделении церкви от государства, невмешательстве в дела исповедания религии, конечно, не новы и были выработаны до «отцов-основателей». Однако именно они, восприняв эти идеи, положили их в основу конституционного законодательства США.

Включению этих идей в основной закон США предшествовал период их закрепления в законодательных актах штатов.

Идеи религиозной свободы были изложены в Билле о религиозной свободе, принятом Генеральной ассамблеей штата Виргиния в 1786 году еще до принятия Первой поправки к Конституции США, разработчиком, которого выступил Томас Джефферсон. «В полной мере осознавая, что Всемогущий Господь создал разум человека свободным, ... что нечестивая самонадеянность руководит теми законодателями и правителями, как светскими, так и церковными, которые, будучи сами никем иным, как не боговдохновенными и способными заблуждаться людьми, присваивают себе власть над верованиями других и устанавливают свои взгляды и образ мышления как единственно истинные и безошибочные, и стремятся насильно

---

<sup>1</sup> Мишин А.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 2009. С. 291.

навязать их как таковые другим, создавая и поддерживая ложные религии по всему свету и во все времена; ... что допускать вторжение правящей власти в сферу взглядов и мнений и ограничивать исповедание или распространение принципов на основе их предполагаемой дурной направленности – опасная ошибка и заблуждение, разрушающие разом всю религиозную свободу, поскольку тот, кто будет выносить суждение о такой направленности, будет руководствоваться в нем своими взглядами и одобрит или осудит мнения других только в зависимости от того, насколько они ему близки или отличаются от его собственных; ... И потому Генеральная ассамблея устанавливает на правах закона: что никто не должен принуждаться посещать или участвовать в содержании любого религиозного культа, места богослужений или каких бы то ни было священнослужителей, так же как никто не должен быть понуждаем насильно, вынужден или подвергнут наложению каких-либо тягот, как личных, так и имущественных, и не должен нести какой-либо иной ущерб по причине его религиозных взглядов или убеждений; что, напротив, все люди должны быть свободны в исповедании и отстаивании в дискуссии своих религиозных взглядов и что это ни в малейшей мере не должно ограничивать, расширять или еще каким-либо образом сказываться на их гражданских правах»<sup>1</sup>.

Именно взгляды Томаса Джефферсона повлияли на формирование конституционных положений о религиозной свободе и отделении церкви от государства.

Описывая религиозные взгляды и политику в штате Виргиния, Джефферсон так характеризует положение дел в сфере религиозной свободы: «По ряду актов ассамблеи Виргинии 1659, 1662 и 1693 гг. стали подлежать уголовному наказанию родители, отказавшиеся крестить своих детей; запрещались, как незаконные, собрания квакеров; подлежали уголовному наказанию капитаны любых судов, доставивших квакеров в штат; предписывалось тех квакеров, которые уже находились здесь, и тех, которые

---

<sup>1</sup> Джефферсон Т. Автобиография. Заметки о штате Виргиния. Л., 1990. С. 273-274.

могли приехать впоследствии, заключать в тюрьму до тех пор, пока они не отрекутся от своих убеждений; определялось сравнительно мягкое наказание за их первое и второе возвращение, но смертная казнь – за третье; запрещалось всем лицам разрешать их собрания в своих домах или вблизи них, принимать их у себя лично или распространять книги, защищающие их догматы»<sup>1</sup>.

Джефферсон приходит к следующему выводу: «Но наши правители могут иметь лишь ту власть над такими нашими естественными правами, какую только мы передали им. Прав свободы совести мы никогда им не передавали и не могли передать. За них мы отвечаем перед нашим Богом. Законная власть правительства простирается только на те действия, которые влекут за собой причинение ущерба другим людям. Но мне не наносит ущерба утверждение соседа, что существует двадцать богов или что бога нет. Это не задевает моего кармана и не переламывает мне ногу. Если же скажут, что на его показания в суде нельзя положиться, тогда отвергните их и пусть это ляжет на него клеймом»<sup>2</sup>.

Довольно сухая формулировка Конституции США при ее буквальной трактовке устанавливает правила об установлении и свободном исповедании религии, касающиеся законотворческой деятельности Конгресса США.

Подход, связанный с выяснением мнения «отцов-основателей» при толковании конституции США, подтверждается и судебной практикой. Эти взгляды иногда воспринимаются ей как нормативный источник. А в тех случаях, когда таковыми не воспринимаются, им придается значение авторитетного свидетельства того, в каком смысле и с какой целью были использованы те или иные положения Конституции, а также какое содержание в них вкладывалось при ее создании (истинные намерения).

Не отдаляясь от темы религиозной свободы, рассмотрим данный вопрос на примере дела *Рейнолдс против Соединенных Штатов*, в котором

---

<sup>1</sup> Джефферсон Т. Автобиография. Заметки о штате Виргиния. С. 226.

<sup>2</sup> Там же. С. 227-228.

Верховный суд США подошел к толкованию Первой поправки следующим образом: «Слово «религия» не определено в Конституции. Мы должны поэтому обратиться к другому источнику, чтобы выяснить его смысл, и нет ничего более целесообразного, по нашему мнению, чем (обратиться) к истории времен, в разгар которых это положение было принято»<sup>1</sup>.

Естественно, к исследованию положений Первой поправки Суд подошел через взгляды лиц, непосредственно участвовавших в ее создании – Джеймса Мэдисона и Томаса Джефферсона.

В результате определена концепция, ставшая основополагающей для религиозных споров, об отделении церкви и государства. Суд сослался на одно из писем Томаса Джефферсона: «Веря вместе с вами, что религия касается только Человека и его Бога, что человек не должен ни перед кем отчитываться в своей вере или богослужениях, что законные права государства касаются только поступков, а не мнений, я с благоговением воспринимаю заявление всего американского народа о том, что «Конгресс не имеет права издавать законы, направленные на учреждение религии или запрещающие её свободное исповедание», которое, таким образом, создало разделяющую стену между Церковью и государством»<sup>2</sup>.

Именно благодаря проделанному анализу судом выделена важная концепция о разделении религиозной свободы – на свободу взглядов (веры) и свободу действия (исповедания).

Таким образом, для толкования положений Конституции США использовался не только ее текст и структура, но и мнения лиц, участвовавших в ее создании. При этом мнение Томаса Джефферсона, зафиксированное в одном из его писем, послужило важным источником, раскрывающим и дополняющим положение Билля о правах и легло в основу судебной доктрины.

---

<sup>1</sup> Reynolds v. United States, 98. U.S. 145 (1878).

<sup>2</sup>Там же.

Толкование Конституции, как было отмечено, не ограничивается лишь уяснением намерений «отцов-основателей». По большому счету, судами используются практически любые доктринальные источники, помогающие установить смысл и намерения, заложенные в конституционных положениях.

В этой связи мнения, изложенные в доктринальных источниках, приобретают статус принципов и идей. Этот процесс связан не только с вынесением судебных решений, но и с законотворческой деятельностью. Вопрос толкования Конституции Верховным судом США и принципы использования доктрины при этом будут детально рассмотрены в следующем параграфе. Данное отступление от сферы законодательства к судебной практике Верховного суда сделано лишь для демонстрации того, что происхождение Конституции США из доктринальных идей ее создателей очевидно как для правоведов, так и для судей и практиков. И эти идеи являются важным источником не только для законодательной деятельности, но и для судебного правоприменения, поскольку могут приобретать статус положений, дополняющих и раскрывающих Конституцию.

Таким образом, выше на примере Конституции США показано влияние идей ее создателей и их предшественников на формулирование конституционных положений. Однако подобные принципы можно проследить в процессе создания нормативных актов, когда требуется высокая степень обобщения и абстрагирования. В таких случаях без детальной теоретической проработки вопроса обойтись невозможно. В этой связи особое значение приобретает доктрина в процессе систематизации законодательства.

### 2.1.2. Значение правовой доктрины в систематизации законодательства

Особое значение правовая доктрина приобретает в связи с возрастающей ролью процесса систематизации правовых норм в правовой системе США. Эта роль обусловлена самими свойствами правовых норм, принципами их формирования в различных правовых системах.

Основные различия современных правовых систем проводятся по принципу формирования норм права, значению источников права и способу формирования норм права<sup>1</sup>.

Как справедливо отмечает Аболонин Г.О., английское право является первоначальным источником всего права США, включая право гражданское и гражданское процессуальное, так как США – это бывшая колония Британской империи. Именно поэтому правовая система США относится к правовой семье общего права<sup>2</sup>.

Особенность общего права в том, что правовое мышление в нем не стремится к обобщениям, не выходит на уровень абстрактных построений, чтобы затем от них двигаться к частным<sup>3</sup>.

Эта особенность отразилась на правотворчестве, нацеленном на разрешение конкретных жизненных вопросов, и, в конечном итоге, на функцию правовой доктрины. Поскольку нормы статутов не формируются на основании общих правил и принципов, они в большей мере напоминают некоторое эссе по юридической теории, а не закон в привычном для романо-германской системы права понимании, и заключают в себе определенное собрание юридических дел и выводов из них<sup>4</sup>.

В этом специфика построения норм в системе общего права. Эта специфичность, в конечном счете, проецируется на построение всей

---

<sup>1</sup> См.: Аболонин Г.О. О правовых системах США и России // Вестник гражданского процесса. 2013. № 6. С. 157-179.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> См.: Богдановская И.Ю. Категория «правовая норма» в правовой доктрине стран «общего права» // Журнал российского права. 2006. № 11. С. 72.

<sup>4</sup> См.: Аболонин Г.О. О правовых системах США и России. 157-179.

правовой системы со всеми ее достоинствами и недостатками: такие нормы казуистического характера уступают абстрактным нормам по уровню юридической техники. В этой связи они определенным образом тормозят развитие правовой системы: не дают возможности проводить крупные реформы, повышать уровень юридической техники, развивать систематизацию законодательства. Именно поэтому в странах общего права сегодня отчетливо ощущается потребность в разработке абстрактных норм.

Нельзя в то же время не упомянуть и существенные достоинства казуистического способа изложения норм права, поскольку они «способствуют тому, что позитивное право более детально регулирует общественные отношения. Казуистические правовые нормы более приближены к реальной ситуации, поскольку сами они формируются непосредственно на ее основе, а не прогнозируют ситуацию»<sup>1</sup>.

С этих позиций вопрос неизбежно сводится к соотношению казуистических и абстрактных правовых норм в праве государства. Если романо-германское право практически полностью построено на абстрактных нормах, то классическое общее право – напротив, на казуистических, удельный вес обобщений в которых не высок.

Соединенные штаты в этом плане, ощутив пользу абстрактного нормопостроения для развития права, пошли на активное внедрение обобщенных правовых норм в правовую систему. На этом фоне правовая доктрина проявляет еще одну важную функцию – функцию систематизации и обобщения правовых норм США.

Правовая доктрина, учитывая казуистичность и несистематизированность правовых норм, призвана придать доктринальное единство законодательству и правоприменительной практике, а также выступает в качестве значимого средства в устранении пробелов как в рамках судебного правоприменения, так и в рамках правотворчества.

---

<sup>1</sup> Богдановская И.Ю. Категория «правовая норма» в правовой доктрине стран «общего права». С. 73.

Создание абстрактных норм и объединение их в кодифицированные акты весьма сложный процесс. Он требует высокого уровня обобщения понятий и отвлечения от конкретных ситуаций.

Подготовка законопроектов представляет собой настоящее искусство, требующее огромного мастерства, знаний и опыта. Во многих случаях проект закона создается после многомесячного исследования специально ориентированными комиссиями или комитетами, назначенными президентом или членом правительства. Более того, комитеты Конгресса зачастую разрабатывают законопроекты после проведения соответствующих исследований и слушаний, которые могут продолжаться в течение значительного периода времени – в течение года и более. В этой связи уместно говорить о таком элементе американского законотворчества как «подготовительные работы, предшествующие принятию законопроекта». В международном праве аналогичный институт подготовки проектов международных договоров получил название «travaux préparatoires».

Доктринальный элемент на данной стадии создания законодательных норм обеспечивается путем включения в состав комиссий и активного участия в обсуждении законопроекта экспертов, представителей научного сообщества и практики.

Анализ «подготовительных работ, предшествующих принятию законопроекта» способствует решению задач толкования правовых норм, установлению намерений законодателя и других вопросов правоприменительной практики.

Правовая доктрина включается в процесс разработки правовых актов, построения законодательных конструкций и понятий также и опосредованно, воздействуя на взгляды законодателей, формируя их представления о праве, его предназначении и задачах.

Конечным продуктом этого сложного, многоуровневого процесса выступает закон. Законы США принимаются в виде статутов Конгресса, которые издаются в виде отдельных брошюр после их принятия. Тома



принятых статутов по окончании каждой сессии публикуются в Большом своде законодательства Соединенных штатов (United States Statutes at Large), в хронологическом порядке (по сути, инкорпорируются), пользоваться которым крайне неудобно, но который является официальным текстом законов. Систематизация при этом осуществляется только тех статутов, которые приняты в конкретную сессию без распределения по предметам регулирования.

Попыткой систематизировать законодательство США является Свод (Кодекс) законов США (United States Code), в котором законодательные акты объединяются по тематике, а устаревшие исключаются. Систематизации подвергаются при этом не статуты, а отдельные правовые нормы. Кодекс Соединенных штатов принимается каждые несколько лет. Все нормы федерального законодательства в нем разделены на титулы (разделы), представляющие, по сути, отрасли права. Кроме того ежегодно выпускаются дополнения (Supplements) к Кодексу. Они объединяют вновь изданные за год законодательные нормы, а их содержание вводится в последующее издание Кодекса<sup>1</sup>.

Те разделы, которые не приняты в виде закона, являются юридическим свидетельством, но не законом. Необходимо обратить внимание на то, что фактически только около половины разделов свода (например, разделы 1, 3-6, 9-11 и др.) приняты Конгрессом как консолидированные акты по соответствующему предмету, то есть в качестве статутного права. Именно на них можно ссылаться как на доказательство существования нормы права. Все другие разделы могут выступать таким свидетельством только «поскольку не будет доказано иное» (*prima facie*). Как замечает Е.А. Петрова «В перспективе все разделы кодекса должны быть приняты в качестве консолидированных статутов»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Аболонин Г.О. Гражданское процессуальное право США: монография. М., 2010. С. 43.

<sup>2</sup> Петрова Е.А. Особенности систематизации американского законодательства // Вестник Южно-Уральского государственного университета. 2012. № 7. С. 27.

Среди юристов все большую популярность приобретают специальные издания Свода законов США с добавлением ссылок на основные судебные прецеденты, интерпретирующие положения статутов и другие материалы. Среди них: Аннотированный свод законов США (United States Code Annotated) и Служебный свод законов США (United States Code Service). По своей природе данные акты имеют справочно-информационный характер в отношении источников права соответствующей тематики.

Систематизация законодательства штатов осуществляется по тем же принципам, что и федерального. В каждом штате издаются сборники по результатам работы легислатуры, имеется Свод законов и аннотированные его варианты.

Особое место в процессе систематизации американского права занимает Американский институт права, который осуществляет подготовку и публикацию текста Свода норм права (Restatements of the Law), модельных кодексов, занимается проблемами реформирования права.

Целью организации является содействие разъяснению и упрощению права и лучшей его адаптации к потребностям общества, для улучшения отправления правосудия, а также для поощрения и ведения научной работы в области юриспруденции.

В состав института входят судьи, юристы, правоведы, участвующие в работе по совершенствованию системы права. По своей сути институт представляет площадку, на которой научно обоснованные взгляды на развитие и дальнейшее функционирование американского права воплощаются в жизнь.

«Американский институт права (ALI) состоит примерно из 2700 избранных членов, а также нескольких сотен других членов: пожизненных членов (статус, достигаемый через двадцать пять лет после выборов в члены), членов по должности (различных ведущих судей, адвокатов и преподавателей права), нескольких почетных членов и небольшого, но растущего числа представителей юридической профессии зарубежных стран.

Руководящим органом ALI является его Совет, состоящий приблизительно из шестидесяти членов Института, избираемых его членами»<sup>1</sup>.

В настоящее время число членов возросло и составляет более 4 тысяч человек, несмотря на то, что число членов ограничено количеством в 3 тысячи человек, не считая пожизненных членов, членов по должности, а также почетных членов.

Основным детищем института, безусловно, является Свод норм права (Restatements of the Law), через призму которого раскрывается цели существования института.

Свод норм права был очень хорошо принят в странах кодифицированного законодательства, поскольку значительно упрощал исследование и применение американского права, напоминая по форме привычные кодексы. Однако природа этого сборника отлична от континентальных кодексов. «*Restatement* – это только частный труд и авторитет его статей связан только с авторитетом составителей, в частности, составителей каждого очередного тома. Авторитет этот неоднороден. *Restatement* ни в коем случае не применяется как кодекс в США. *Restatement* цитируют в решениях, но не он служит основой решений, которые, по мнению американских юристов и судей, соответствуют праву. Это своего рода дигесты, где можно найти решения судебной практики важные для данного рода дел. В действительности же американский юрист привык применять орудия труда иного рода; ему трудно обращаться к трактатам, составленным по определенной системе»<sup>2</sup>.

Само существование института и Свода норм права оценивается американским юридическим сообществом по-разному: некоторые исследователи указывают на то, что Свод сам по себе был задуман как

---

<sup>1</sup> Oakley J.B. Integrating Supplemental Jurisdiction and Diversity Jurisdiction: A Progress Report on the Work of the American Law Institute // Indiana Law Journal. 1998. Vol. 74. № 1. Article 3. P. 27.

<sup>2</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 296.

попытка избежать кодификации американского права, другие, напротив, видят в нем явление весьма сходное с кодексами, третьи - указывают на то, что Свод является попыткой превратить американское право в основанную на трактатах систему, сходную с римским правом<sup>1</sup>.

«После публикации Свод права американского института в конкретной области часто становится убедительным источником (*persuasive authority*) для судей и законодательных органов и суды активно полагаются на него при толковании и применении права»<sup>2</sup>.

Адамс К. указывает на наличие серьезной критики американского института права и его Свода. С одной стороны, институт обвиняют в излишнем активизме, в представлении права таким, каким его видит институт, а не таким, каково оно на самом деле, с другой – в излишнем консерватизме, невозможности включить лучшие современные практики в изучение права, поскольку институт застыл в конце XIX – начале XX века<sup>3</sup>.

Тем не менее, стоит признать, что Свод права носит явно доктринальный характер, его происхождение связано с попыткой реализовать определенную идею по систематизации американского права и объединить оторвавшиеся друг от друга прецедентное и статутное право.

Многие законодательные акты разработаны под влиянием доктринальных положений. Особое значение в формировании законодательства штатов имеют типовые (модельные) кодексы, призванные сблизить правила регулирования отдельных вопросов. В подобных документах наиболее отчетливо проявляется доктринальная природа их происхождения.

---

<sup>1</sup> См.: Adams K.D. Blaming the Mirror: The Restatements and the Common Law // *Indiana Law Review*. 2007. Vol. 40. № 1. P. 226-228.

<sup>2</sup> Robinson P.H., Dubber M.D., The American model penal code: a brief overview // *New Criminal Law Review*. 2007. Vol. 10. № 3. P. 323.

<sup>3</sup> См.: Adams K.D. Blaming the mirror: The Restatements and the common law // *Indiana Law Review*. 2007. Vol. 40. № 1. P. 206.

Так, например, Модельный уголовный кодекс США, разработанный американским институтом права, вобрал в себя многие идеи известных правоведов и мыслителей прошлого.

«Кодифицирующее реформистское рвение Бентама, Ливингстона и Маколея исчерпало себя и было заменено более ограниченными стремлениями переформулирования и консолидации уголовного права. Это, безусловно, историческое явление, что составители Модельного уголовного кодекса смогли возродить давно бездействующую утилитаристскую (Бентамовскую) традицию»<sup>1</sup>.

Фернандес А. и Даббер М. признают очевидное доктринальное происхождение Модельного уголовного кодекса США и предлагают воспринимать проект Модельного уголовного кодекса одновременно как проект трактата и проект кодекса, утверждая, что он сам по себе является лучшим учебником уголовного права, а вместе с комментариями и лучшим трактатом, именно поэтому представляет собой не кодекс, происходящий из трактата, а трактат в виде кодекса<sup>2</sup>.

Многие концепции, после разработки на их основе модельных законов, нашли свое отражение в законодательстве штатов, и, в дальнейшем, признаны судебной практикой.

К примеру, так происходило в начале XX века со скомпрометировавшей себя концепцией «евгеники» - учением о селекции, об улучшении наследственных свойств и борьбе с явлениями вырождения в человеческом генофонде. Одним из ключевых положений данного учения являлась возможность принудительной стерилизации лиц-носителей «дефективных» генов. Определение категорий (классификации) таких лиц является дискуссионным до настоящего времени.

---

<sup>1</sup> Kadish S.H. The Model Penal Code's Historical Antecedents // Rutgers Law Journal. Vol. 18. 1987. № 521. P. 537.

<sup>2</sup> См. подробнее: Fernandez A., Dubber M. D. Introduction: Putting the Legal Treatise in Its Place. Law Books in Action: Essays on the Anglo-American Legal Treatise. Oxford, 2012. 252p.

В деле *Бак против Белла* (1927) Верховный суд США подтвердил законность статута Виргинии о принудительной стерилизации «неполноценных» людей, в том числе умственно отсталых, разработанного на основе популярной концепции евгеники, с целью «защиты и здоровья нации».

«Мы видели не раз, что общественное благосостояние может призвать жизни лучших граждан»<sup>1</sup>, – указывал Верховный Суд США.

Суд пришел к следующему выводу: «Для всего мира лучше, если вместо того, чтобы ожидать казни дегенеративного потомства за преступление, или позволить им умереть с голоду из-за их слабоумия, общество поможет предотвратить продолжение рода теми, кто очевидно не пригоден для этого»<sup>2</sup>.

Сам закон штата Виргинии о принудительной стерилизации был основан на модельном законе, разработанном Гарри Лафлином, представителем Eugenics Record Office (ERO). Само учение о евгенике, вдохновившее Лафлина, а затем и законодателя, разработано Фрэнсисом Гальтоном и призвано бороться с проявлениями вырождения в человеческом генофонде.

Среди социально неадекватных классов, подлежащих стерилизации, модельный закон Лафлина выделял следующие группы: слабоумные; сумасшедшие (в том числе психопаты); преступники; эпилептики; алкоголики (в том числе наркозависимые); больные (в том числе туберкулезом, сифилисом, проказой и другими заболеваниями); слепые (в том числе с серьезным нарушением зрения); глухие (в том числе с серьезным нарушением слуха); уродливые (в том числе калеки); и зависимые (в том числе дети-сироты, бездомные, бродяги и нищие)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927).

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> См.: Laughlin H. Eugenic Sterilization in the United States. Psychopathic laboratory of the municipal court of Chicago. 1922. P. 446.

Таким образом, идея, зародившаяся в уме Ф. Гальтона, благодаря модельному закону Г. Лафлина приобрела статус правовой концепции и воплотилась в законодательном акте Виргинии (и в большинстве штатов), а затем подтверждена Верховным судом США.

Решение по делу *Бак против Белла* дало всплеск для принятия либо обновления штатами своих евгенических законов. Объемы стерилизации при этом продолжали возрастать вплоть до решения Верховного суда США 1942 года по делу *Скиннер против Оклахомы*, создавшего предпосылки для прекращения практики стерилизации.

Актом Оклахомы о стерилизации закоренелых преступников 1935 года предусматривалась принудительная стерилизации преступников-рецидивистов, совершивших три и более преступления, в которых усматривалась «моральная распущенность».

Суд рассмотрел дело не с позиции конституционности евгенических принципов, а с точки зрения соответствия законодательного акта Четырнадцатой поправке к Конституции США о равной защите. Так как «беловоротничковые» преступники (в том числе растратчики) были исключены из подлежащих принудительной стерилизации (даже в случае рецидива), суд посчитал Закон неконституционным.

«Стерилизация тех, кто трижды совершил крупные хищения, с предоставлением иммунитета для растратчиков является четкой, отмечаемой, бесспорной дискриминацией. Оклахома не пытается сказать, что тот, кто совершает хищение посягательством или обманом или мошенничеством имеет биологически наследуемые черты, которые тот, кто совершает растрату, не имеет»<sup>1</sup>.

Не давая правовую оценку законности принудительной стерилизации и принципам, лежащим в ее основе, суд посчитал уместным высказать свое предостережение относительно использования принципов евгеники и возможных последствий их неконтролируемого применения: «Возможность

---

<sup>1</sup> *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

стерилизации, если она реализуется, может иметь тонкие, далеко идущие и разрушительные последствия. В злых или безрассудных руках это может вызвать увядание и исчезновение рас или групп, которые враждебны доминирующей группе. Не существует возмещения для человека, которого этот закон коснется. Любой эксперимент, который проводит штат, ведет к непоправимому ущербу для человека. Он навсегда лишен основной свободы. Мы отмечаем эти вопросы не для того, чтобы пересмотреть объем правоохранительной функции штатов. Мы обращаемся к ним, чтобы подчеркнуть наш взгляд, что строгое изучение классификации, которую штат делает в законе о стерилизации, имеет важное значение, дабы невольная или иная унижающая дискриминация не была осуществлена в отношении групп или типов лиц в нарушение конституционной гарантии справедливого и равного закона»<sup>1</sup>.

Безусловно, данная оговорка продиктована обстановкой Второй мировой войны, во время которой всему миру стало очевидно, какие различные последствия могут иметь политические и правовые концепции, провозглашающие превосходство одной группы людей над другой.

Вместе с тем сами принципы евгеники пересмотрены и переоценены Судом не были.

В дальнейшем в своих решениях Верховный суд затрагивал вопрос о принудительной стерилизации лишь косвенно, не касаясь самих ее принципов. В деле *Stump v. Sparkman* судом рассматривался вопрос судебного иммунитета судьи, одобдившего стерилизацию девушки по ходатайству ее матери<sup>2</sup>. Суд при этом не обращался к вопросам правомерности самой практики стерилизации и конституционности закона ее предусматривающего. До настоящего времени данная концепция не пересмотрена и формально не отменена, вопрос о ее неконституционности не решен. При этом, как можно заметить, она оказала огромное влияние как на

---

<sup>1</sup> *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

<sup>2</sup> *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978).



законодательство штатов, так и на судебную практику Верховного суда США.

Перед тем, как перейти к анализу классической функции правовой доктрины в странах общего права, находящей свое воплощение в процессе судебного правоприменения, можно с уверенностью отметить тот факт, что правовая доктрина активно внедрена в решение вопросов законотворчества и систематизации американского права. В этом плане она выступает той силой, которая помогает создавать абстрактные нормы статутов и обобщать разрозненные правила регулирования, придавая системе права определенное доктринальное единство. Правовая доктрина обнаруживает свое воздействие в различных формах: на стадии разработки и принятия абстрактных статутных норм; систематизации статутного права, в основном путем создания сборников; разработке модельных кодексов; обобщении норм статутного и прецедентного права, ярчайшим примером которого является *Restatements of the Law*.

Это воздействие, однако, скрыто и не находит явного отражения. Для его обнаружения необходимо проводить анализ природы всех указанных явлений. Доктрина при этом не проявляет свойства формы права, но, безусловно, представляет собой один из ключевых источников (в широком смысле) формирования законодательства.

Поскольку для правовой системы США огромное значение имеет судебный прецедент, наибольшую наглядность в использовании правовой доктрины представляет процесс судебного правоприменения. Именно он допускает наибольшую вариативность использования правовой доктрины, а также возможность ее рассмотрения в качестве формы права, о чем речь пойдет в следующем параграфе.

## **2.2. Правовая доктрина в судебном правоприменении США**

### **2.2.1. Судебная система США**

Статья 3 Конституции США закрепляет, что судебная власть Соединенных Штатов предоставляется Верховному суду и таким нижестоящим судам, каковые время от времени учреждаются Конгрессом<sup>1</sup>.

Судебная система США включает в себя две самостоятельные системы – федеральную систему и судебную систему штатов. При этом следует говорить не о двух уровнях, а именно о двух системах, поскольку судебные системы штатов различны в принципах построения, федеральные же суды рассматривают большое количество дел по первой инстанции.

Федеральная судебная система США начала формироваться после принятия Конгрессом в 1789 году Судебного акта (Judiciary act of 1789).

Федеральная судебная система состоит из трех звеньев – районных (окружных) судов, апелляционных и Верховного суда США. Обжалование решений осуществляется в той же последовательности. Кроме указанных, на основании отдельных законов могут создаваться специальные суды.

К компетенции федеральных судов относятся споры, возникающие на основе Конституции, законов Соединенных Штатов и международных договоров, все дела, касающиеся послов, других официальных представителей и консулов; все дела адмиралтейства и морской юрисдикции; споры, стороной в которых являются Соединенные Штаты; споры между двумя или более штатами; между каким-либо штатом и гражданами другого штата, между гражданами различных штатов, между гражданами одного штата, претендующими на земли, предоставляемые другими штатами, и между штатом или гражданами штата и иностранными государствами, их гражданами.

---

<sup>1</sup> См.: Мишин А.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 2009. С. 288.

Федеральные судьи назначаются пожизненно и «занимают свои должности, пока ведут себя безупречно».

Вершиной судебной системы США является Верховный суд США. «Исключительное значение высшего судебного органа страны – это и дань исторической традиции, результат постепенного укрепления федеративного государства, и особого, трепетного отношения американцев к Конституции, интерпретаторами которой являются верховные судьи»<sup>1</sup>.

По первой инстанции Верховный суд рассматривает дела, касающиеся послов, других официальных представителей и консулов, а также те, в которых штат выступает стороной.

По всем остальным делам федеральной юрисдикции Верховный суд выступает апелляционной инстанцией. Важным делом, определяющим полномочия Верховного суда, было дело *Мартин против Хантер'з Лесси* (Martin v. Hunter's Lessee), в котором суд подтвердил, что он выступает как апелляционный орган не только по отношению к федеральным судам, но и ко всем иным, если в деле затронуты федеральные законы<sup>2</sup>.

Важнейшей функцией Верховного суда является рассмотрение вопросов о соответствии законов Конституции США. Так называемое полномочие конституционного надзора. Данная функция не закреплена в Конституции и «присвоена» судом в *деле Марбери против Мэдисона* в 1803 году.

Таким образом, Верховный суд США одновременно выполняет функции, которые в некоторых европейских государствах разделены между конституционным и высшим апелляционным судом.

Верховный суд выступает высшей апелляционной инстанцией для всех нижестоящих судов. Он рассматривает все дела, в которых затрагиваются важные вопросы федерального характера в порядке *certiorari*, а также в

---

<sup>1</sup> Саломатин А.Ю., Наквакина Е.В. Верховный суд США: основные этапы развития судебной правовой политики (конец XVIII – начало XXI вв.) // Российская юстиция. 2012. № 1. С. 18.

<sup>2</sup> См: Артемьев М. Мартин против Хантер'з Лесси // ЭЖ-Юрист. 2011. № 11. С. 4.

порядке *by certification*, когда апелляционным судом запрашиваются инструкции по конкретному делу.

Решения Верховного суда США имеют огромное значения не только для правосудия, но и для всей правовой системы в целом, поскольку прецедент является важнейшим источником права, а решение Верховного суда – вершина прецедентной практики, ее самая влиятельная и конструктивная часть.

Огромное значение при этом имеет персональный состав судей и, прежде всего, председатель суда. Под председательством различных судей суд приобретал в своей деятельности различные оттенки: то либеральные, то откровенно консервативные. Исследователи отмечают цикличность в правовой политике Верховного суда, т.е. смену консервативных и либеральных фаз или их комбинаций. Политика суда зависит далеко не только от идеологических позиций судей, но и от самого содержания исторической эпохи, сложившихся взаимоотношений между ветвями власти и от позиций социально-политических сил в американском обществе<sup>1</sup>.

Что касается судебной системы штатов, то каждый штат имеет свою собственную систему. В одних штатах она состоит из двух звеньев, в других – из трех, как правило, во главе с Верховным судом штата. В штате Виргиния – Верховный апелляционный суд, в штате Нью-Йорк – Апелляционный суд. Высшие суды штата созданы на основе соответствующих положений конституций штатов. Могут создаваться и специальные суды. В отдельных штатах существуют суды справедливости.

Как правило, в штатах имеются суды общей и специальной, ограниченной юрисдикции. Их полномочия, структура, порядок назначения судей, сроки их полномочий и другие вопросы судоустройства в каждом штате определяются по-разному.

Распределение юрисдикции имеет определенные сложности. По общему правилу дела рассматриваются судами штатов, лишь отдельные из

---

<sup>1</sup> См.: Саломатин А.Ю., Наквакина Е.В. Указ. соч. С. 18.

них рассматриваются федеральными судами в случае признания их компетентными Конституцией США, как правило, в силу характера спора или личности истца.

### **2.2.2. Влияние правовой доктрины на позицию судей**

Алексис де Токвилль писал: «Иностранцу сложнее всего понять в Соединенных Штатах именно организацию правосудия. Можно сказать, что нет такого политического события, по поводу которого он не слышал бы ссылок на авторитет судьи, из чего иностранец, естественно, заключает, что в Соединенных Штатах судья представляет собой одну из важнейших политических сил общества»<sup>1</sup>.

В правосознании американцев только то, что оценено и проанализировано судом и к чему привело судебное разбирательство, является правом. Судебный прецедент воспринимается как нормальный источник права, все остальные источники могут быть восприняты после истолкования и использования их в судебном решении.

Огромное влияние на восприятие права в США и судебных решений оказали работы представителей социологической школы права. Это направление, зародившееся в Европе, нашло благодатную почву в правовой системе США и в последующем привнесло серьезный вклад в восприятие правоприменительной практики судов. Наиболее значительную роль в развитии представлений данной школы сыграл Р. Паунд (1870-1964гг.), бывший деканом Гарвардской школы права и создавший пятитомный труд «Юриспруденция» (1959г.)<sup>2</sup>. Следуя духу прагматизма, теоретические положения оценивались им с точки зрения их практической пользы, поэтому юристы должны обратиться к анализу «права в действии», противопоставляемому «праву в книгах», т.е. должны заниматься

---

<sup>1</sup> Токвилль А. Демократия в Америке. М., 1992. С. 92.

<sup>2</sup> См., например: Pound R. Interpretations of Legal History. Cambridge, 1946; Pound R. An Introduction to the Philosophies of Law. New Haven, 1961.

исследованием того, как право реально функционирует и влияет на поведение людей. Поскольку право выступает формой социального контроля, т.е. способом контроля за поведением человека, то право должно изучаться в контексте социальных отношений, во взаимодействии с другими регуляторами общественной жизни. Ценности, заключенные в нормативном акте, представляются весьма противоречивыми. А так как единственным критерием права Р. Паунд признает его практическую значимость, изучению подлежит реальный правопорядок (судебный и административный процесс). Между текстом закона и его применением всегда существуют различия. Поскольку при применении права учитываются обстоятельства конкретного дела, то Паунд склоняется именно к процессу реализации права.

Эти идеи до середины 1950-60 годов получили развитие в трудах «реалистов» (Карл Ллевеллин (1893-1962гг.) и Джером Фрэнк (1889-1957гг.))<sup>1</sup>. Их теоретические воззрения строились на отождествлении права и юридической практики. Ценность права при этом зависит от эффективности правоприменительной деятельности. Судья творит «реальное» право, а важнейшими факторами, влияющими на решения, являются не правовые нормы, а сами участники процесса, особенности и мотивы их поведения.

Действительно, творческая роль судей в США традиционно очень велика. Поэтому вопрос судьейского усмотрения и политической принадлежности судей очень часто выходит на передний план и активно обсуждается юридическим сообществом.

На формирование позиции судьи оказывают влияние огромное количество факторов. Безусловно, основным источником вынесения судебных решений в США выступают судебные прецеденты. Принцип *stare decisis* при этом имеет свои особенности по сравнению с английским правом.

Порядок, которым руководствуются судьи при вынесении судебных решений, ближе к английскому, чем к континентальному и заключается в

---

<sup>1</sup> См.: Frank J. Law and the Modern Mind. Princeton, 1949; Llewellyn K. A Realistic Jurisprudence – the Next Step. 30 Col. L.R. 1930; и др.

детальном обсуждении прецедентов. Однако как Верховный суд США, так и апелляционные суды штатов не считают себя безусловно связанными прецедентами. «Во многих случаях (а по мнению некоторых американских юристов, и в слишком многих) Верховный суд отвергал прецеденты»<sup>1</sup>.

Таким образом, прецедентная практика США в отличие от английского права отличается гораздо большей гибкостью. Так, по мнению исследователей, правила применения прецедента сохраняют неопределенность по двум причинам – сложившееся исторически множество изолированных юрисдикций отдельных штатов и сравнительно частое обращение американских судов к рассмотрению важных конституционных вопросов<sup>2</sup>.

Роль судебного усмотрения в правоприменении в правовой системе США просто огромна. Возможность «игнорировать» правило прецедента неизбежно ведет к тому, что мнения судей, их политические, философские взгляды оказывают существенное влияние на судебные решения и на право в целом. Их деятельность в этой связи находится под пристальным вниманием, а порой и под острой критикой.

Вполне закономерно, что у судей есть собственные взгляды. Судьи назначаются на должность путем вполне понятной политической процедуры, что, естественно, не может не заставить задуматься о том, насколько значительна роль их личных политических установок. Некоторые исследователи отводят таким установкам большую роль, утверждая, что именно они определяют решения по многим делам. Так, по мнению С. Шерри, судьи, назначенные президентами-консерваторами, в своей деятельности проявляют ту же консервативность, а назначенные либералами – имеют противоположную позицию. О значении политических взглядов судей говорит и нешуточная борьба за назначение судей. Однако с такими умозаключениями не стоит спешить, так как судьи – не политики и не

---

<sup>1</sup> Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 37.

<sup>2</sup> Там же.

пытаются просто насаждать свои политические взгляды. При изучении данного вопроса необходимо учитывать многообразные факторы. Политические взгляды судей очень сложно отграничить от такого явления, как судейская философия. «Некоторые судьи считают, что Конституцию следует толковать в том смысле, который она имела в момент ее принятия, или что законы должны толковаться только по их текстам. Другие считают, что смысл Конституции может меняться со временем, а документальные доказательства, сопутствовавшие принятию закона, могут быть полезны при его толковании»<sup>1</sup>.

Безусловно, судьи имеют собственные представления о праве, процессе правотворчества, свою политическую и жизненную позицию, и эти взгляды, так или иначе, влияют на решения, принимаемые ими. Эти взгляды сформировались из их личного жизненного опыта, профессиональной деятельности, в процессе ознакомления с работами выдающихся теоретиков права и юристов-практиков. Их основа заложена в процессе получения юридического образования. Влияние, которое оказывают убеждения и сформировавшиеся установки судей – не простое механическое влияние, а сложный процесс, который невозможно однозначно предугадать или предвосхитить.

«Позиция Верховного суда – это нечто гораздо большее, чем просто статические взгляды девяти человек. Мироззрение судьи меняется с течением времени, под воздействием событий в мире и при тесном личном и интеллектуальном взаимодействии с другими судьями. Результаты могут быть непредсказуемыми»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Шерри С. Влияние и независимость: роль политики в решениях Верховного суда // Верховный суд США: равное правосудие по закону 2009. Т. 14. № 10. С.11. [Электронный ресурс] на сайте Государственного департамента США. Режим доступа: <http://iipdigital.usembassy.gov/russian/electronicjournal#axzz2pdHe11Jr>.

<sup>2</sup> Гринхаус Л. Как меняются судьи // Верховный суд США: равное правосудие по закону 2009. Т. 14. № 10. С. 13. [Электронный ресурс] на сайте Государственного департамента США. Режим доступа: <http://iipdigital.usembassy.gov/russian/electronicjournal#axzz2pdHe11Jr>



Марк Твен высказался по этому поводу так: «Герпеть не могу слышать, как люди говорят, что этот судья проголосует так и так, потому что он демократ – а этот так и так, потому что он республиканец. Стыдно. У Судей есть Конституция для руководства; они не имеют права на политику за исключением политики непреклонного права и справедливости, когда выносят решение по важнейшим делам, представленным им на рассмотрение»<sup>1</sup>.

Однако не стоит, вслед за классиком, воспринимать судей как механизмы, которые действуют только на основе норм закона. При вынесении решений они не просто руководствуются своими сложившимися идеями и взглядами, но рассматривают их через призму того влияния, которое эти решения окажут на право.

«Решение Верховного суда – это не просто изложение закона. Это писаное посредничество (intervention), адресованное определенным аудиториям и предназначенное для выполнения конкретных целей. Реакция судей на изменяющуюся институциональную среду или на развивающиеся идеи о законе или судебной власти будет опосредована их представлениями о сущности и функциях решений Верховного суда»<sup>2</sup>.

При этом довольно сложно определить, что именно повлияет на мнение судьи. Поэтому одной из проблем правовой доктрины называют случайность ее влияния на право и решения судей. «Существует много того, кроме книг, которые судьи читали в юридической школе, что окрашивает их взгляд на право и жизнь. Однако очень трудно определить бесконечные факторы, влияющие на взгляд судьи, и, в любом случае, с Хартовской точки зрения,

---

<sup>1</sup> Twain M. Letter to San Francisco Alta California, February 19, 1868. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.twainquotes.com/18680219a.html>.

<sup>2</sup> Post R.C. The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court. Faculty Scholarship Series // Minnesota Law Review. 2001. Vol. 85. Paper 186. P. 1289.

они не имеют большого значения, если не играют существенную роль в правовой аргументации»<sup>1</sup>.

В этом плане вопрос о влиянии политических и идеологических установок судей неизбежно упирается в проблему судейского усмотрения.

Поскольку судебные прецеденты являются ключевым источником общего права, вполне справедливо, что судья, как и законодатель, в своей деятельности при вынесении судебных решений, должен исходить из исследований определенных социальных, экономических, политических и научных фактов, которые принято называть законодательными фактами.

Судья обязан проводить их исследование, поскольку его функция в правовой системе общего права носит нормотворческий характер, следовательно, должна иметь определенную материальную основу, а не исключительно личные представления судьи. Обязан он учитывать и представление о праве, распространенное в обществе.

Отмечая необходимость учитывать общественное представление о судебной функции, А. Барак отмечает: «...самым важным качеством судьи является общественное доверие к нему, то есть осознание общественностью того факта, что этот судья осуществляет правосудие в соответствии с правом. Если общество не имеет такого доверия, судья не может судить. Судья – не кнут и не пряник. Все, что он имеет, это доверие к нему со стороны общества. Это то ценное качество, которое судья должен ревностно охранять»<sup>2</sup>.

Правовая доктрина при этом выступает не только как фактор, формирующий личные взгляды судьи на право, но и как свидетельство существующих в обществе и научном сообществе принципов и фактов.

По мнению Е.О. Мадаева, функция суда по принятию судебных решений должна быть ограничена определенными доктринальными

---

<sup>1</sup> Shecaira F.P. Legal Scholarship as a Source of Law. Open Access Dissertations and Theses. 2012. Paper 6842. P. 77.

<sup>2</sup> Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 287.

пределами. Судья не просто творит право в процессе принятия решения, но должен находить «оптимальную для данного казуса научно-правовую идею, которой он придает формально определенный вид»<sup>1</sup>.

В этом смысле, судебное правотворчество имеет большое сходство с деятельностью законодателя. Влияние правовой доктрины при этом напоминает аналогичное воздействие на законотворца. Формирование взглядов судьи, выработка правовой позиции (поиск оптимальной модели), установление законодательных фактов – вот основные элементы воздействия правовой доктрины на судью.

Огромная творческая роль судьи американского суда вкупе с фрагментарным законодательством (по сравнению с континентальной правовой системой) и неоднозначностью правила прецедента привели к совершенно уникальному значению правовой доктрины в системе судебного правоприменения США. Кроме обозначенного ощутимого (хотя и не всегда видимого) воздействия правовой доктрины существует огромное количество вполне зримых вариантов использования судьями в своих решениях доктринальных источников для разрешения задач, стоящих в конкретном рассматриваемом деле.

### **2.2.3. Использование доктринальных источников в судебных решениях**

Российское юридическое сообщество относится довольно скептически к ссылкам на доктринальные источники права в судебном разбирательстве. Цитирование судьей в решении по делу какой-нибудь книги или комментария пусть даже и высококвалифицированного специалиста в области права неизбежно вызывает определенное замешательство и недоумение у юристов, порождает бесконечные споры и дискуссии.

Судебная система США проявляет большую гибкость и лояльность в этом вопросе, и судьи зачастую используют для решения возникающих задач

---

<sup>1</sup> Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 145.

правосудия мнения авторитетных исследователей, выраженные в определенной форме. Причинами этого, как уже отмечалось, являются и особенности судебной системы и унаследованные от Англии принципы общего права.

Суды США, в силу известных особенностей, проявляют большую вариативность в использовании работ и мнений правоведов даже по сравнению с их английскими коллегами.

В этом параграфе мы попытаемся рассмотреть лишь часть многообразия форм использования правовой доктрины, задач и целей ее применения в судебном процессе США. При этом попытаемся рассмотреть не общий смысл такого использования, который очевиден – восполнение пробелов в существующем праве, а те конкретные механизмы и задачи, решаемые при помощи правовой доктрины в конкретных судебных ситуациях.

Первое на что следует обратить внимание – это то, что источники права могут использоваться в судебном решении по-разному. В этом смысле следует говорить о двух возможных вариантах.

«Одной из отправных точек для начала является разграничение между использованием и ссылками. Суд использует источник права, когда этот источник предоставляет некоторую степень власти (authority) для поддержки существенного суждения в своем анализе. Источник права предоставляет власть, когда сам по себе факт того, что это источник, поддерживает суждение; власть имеет силу независимо от аргументов, которые поддерживают утверждения суда. Ссылка, напротив, является заявлением о том, что нечто является юридическим суждением без предположения, что вопрос, на который осуществляется ссылка, имеет власть за пределами данного факта»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tushnet M.V. A Decent Respect to the Opinions of Mankind: Referring to Foreign Law to Express American Nationhood. Georgetown University Law Center // Albany Law Review. 2006. № 69. P. 809.

Таким образом, обращение к доктринальным источникам может как поддерживать выводы судей, так и выступать в качестве положения, которое в силу отсутствия определенной властности и обязательности должно быть поддержано другими источниками права.

М. Ташнет отмечает, что «такие ссылки неотличимы в этом отношении от, например, ссылок на статьи правовых обзоров в качестве источников фактической информации»<sup>1</sup>. Однако правовая доктрина может использоваться не только в качестве источника фактической информации, о чем свидетельствует практика Верховного суда США.

Как и в Англии, «авторитетные книги» могут быть признаны источником права, и в этом смысле они используются судами для конструирования своих решений.

Несмотря на пропагандируемую независимость системы права США от английской системы права, парадоксальным выглядит неизменный авторитет и частота обращений к мнениям великих английских правоведов.

Одной из авторитетнейших работ признаются «Комментарии к законам Англии» Уильяма Блэкстона. В отличие от ссылок на английские прецеденты, к которым американские суды прибегают с большим нежеланием, частое цитирование судьями в решениях работ именно Блэкстона, лишь подчеркивает его авторитетность. В наше время суды США, по-прежнему, прибегают к работам Блэкстона.

Так, в решении по делу *Округ Колумбия против Хеллера* Верховный Суд США заключил, что Вторая Поправка к Конституции США защищает право человека обладать огнестрельным оружием в традиционно законных целях, например, для самообороны в доме. В данном деле несколько раз цитируются «Комментарии к законам Англии» У. Блэкстона.

Мнение Блэкстона используется для установления значения понятий «держат оружие» (keep arms) и «носить оружие» (bear arms): «Выражение

---

<sup>1</sup> Tushnet M.V. A Decent Respect to the Opinions of Mankind: Referring to Foreign Law to Express American Nationhood. P. 810.

«держат оружие» не было распространено в письменных документах периода основания, который мы исследовали, но есть несколько примеров, которые рассматривают право «держат оружие» как частное право, не связанное со службой в полиции. Уильям Блэкстон, например, писал, что католики, осужденные за непосещение службы в Английской церкви, подвергались определенным наказаниям, одним из которых был запрет «держат оружие в доме»<sup>1</sup>.

Из данного фрагмента можно сделать вывод, что ссылка к Блэкстону в данном случае подтверждает, что выражение «держат оружие» применялось не только к ополченцам, но и ко всем гражданам, т.е. используется как свидетельство общепринятого использования правового термина в определенный период, а именно период, предшествующий принятию Конституции.

В другом месте данного решения указывается, что Блэкстон рассматривал право на оружие в свете реализации права на самооборону и утверждал, что это право не является неограниченным, а зависит от вида оружия (традиционный запрет на «опасное и необычное оружие») и целей в которых допускается его иметь (самооборона)<sup>2</sup>. Таким образом, мнение Блэкстона используется не только как свидетельство существовавшей в определенный момент техники (хотя этот момент не менее важен). К нему прибегают для определения самой сущности субъективного права, закрепленного в Поправке, его характера и объема.

Возникает закономерный вопрос, почему для толкования конституционных положений используется частное мнение «ученого-иностранца». Этот вопрос отпадает, если обратиться к другому примеру.

---

<sup>1</sup> District of Columbia, et al., v. Dick Anthony Heller.554 U.S. (2008).

<sup>2</sup> Там же.

В деле *Alden v. Maine* Верховный суд США вновь обращается к Блэкстону, указывая, что «его работы имели огромный авторитет (authority) в английском праве для поколения основания»<sup>1</sup>.

Этот авторитет признавался и самими «отцами-основателями». Томас Джефферсон в письме Джону Тайлеру затрагивает вопрос о распространенном в обществе мнении относительно значения работ Уильяма Блэкстона для юристов того времени и лиц, изучающих юриспруденцию: «Кажется, существует мнение, что Блэкстон для нас то же самое, что Коран для мусульман, все, что необходимо, находится в нем, а чего нет в нем – не важно... Институты и отчеты Кока являются их (студентов) первой, а Блэкстон – последней книгой, после промежуточного курса изучения в два – три года. Это не что иное, как изящный обзор того, что они приобретут из реальных фонтанов права»<sup>2</sup>.

Данный пример отвечает на вопрос, каким образом мнение Блэкстона может быть использовано при толковании терминов и содержания положений Конституции США.

В деле *Bowers v. Hardwick* Верховный суд США подтвердил конституционность Закона Штата Джорджии, запрещающего содомию. Судебное решение исходило, прежде всего, из того, что Конституция США не распространяет понятие фундаментальное право на право гомосексуалистов участвовать в содомии, т.е., прежде всего, основано на толковании конституционных положений. Суд исследовал, в том числе, предшествующую практику об основных правах в семейных и брачных отношениях, однако пришел к выводу, что ни одно из дел, представленных ответчиком, не закрепляет сходных прав с обстоятельствами рассматриваемого дела (т. е. отсутствует первичный источник). Суд не распространил на данное дело и правило надлежащей процедуры, как и не

---

<sup>1</sup> Alden v. Maine, 527 U.S. 706 (1999).

<sup>2</sup> Bergh A. E. The Writings of Thomas Jefferson. Washington, D. C.: The Thomas Jefferson Memorial Association. 1904. Vol. XII. P. 392.

рассматривал заявление о неприкосновенности частной жизни в данном случае.

Председатель суда Бёрджер в своем совпадающем мнении указал: «Решения людей о гомосексуальном поведении подвергались вмешательству государства на протяжении всей истории Западной цивилизации. Осуждение таких практик твердо внедрено в иудейско-христианские моральные и этические стандарты. Гомосексуальная содомия была преступлением, наказуемым смертной казнью в соответствии с Римским правом... Блэкстон описывал «позорное преступление против природы» как правонарушение «более злостное» чем изнасилование, отвратительный акт, «само упоминание которого, противно человеческой природе» и «преступление, которого не стоит даже называть»<sup>1</sup>.

Суд также сделал следующий вывод: «Даже если рассмотренное поведение не относится к основополагающим правам, ответчик утверждает, что для закона должно быть разумное обоснование, которое отсутствует в данном деле за исключением предполагаемой убежденности большинства электората в Джорджии, что гомосексуальная содомия является безнравственной и недопустимой. Это, как утверждается, недостаточное рациональное основание для закона. Закон, однако, основан на понятиях этики, и если все законы, представляющие моральный выбор, должны быть лишены законной силы в соответствии с правилом надлежащей процедуры, суды будут действительно очень заняты»<sup>2</sup>.

Мнение Блэкстона, таким образом, подтверждает разумное основание, лежащее в основе запрета на содомию, и определяет, что данный запрет имеет «древние корни», а содомия рассматривалась как аморальное поведение во все времена, соответственно воспринималось как таковое и общим правом и теми традициями, в которых закреплялись основополагающие права. То есть по своей сути это не что иное, как

---

<sup>1</sup> Bowers v. Hardwick, U.S. Supreme Court, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>2</sup> Там же.



обращение суда к общественному мнению, выраженному авторитетным специалистом в области права, свидетельство наличия определенных этических принципов, лежащих в основе закона.

В деле *Baze v. Rees* (2008г.) рассматривался вопрос о соответствии приговора к смертной казни через инъекцию положениям, запрещающим жестокие и необычные наказания (Восьмая поправка к Конституции США). Суд, оценивая степень допустимых страданий приговоренного, указывает: «После рассмотрения различных «супердополнений» к смертной казни в английском праве таких менее суровых наказаний, как «увечье или членовредительство, путем отрезания рук или ушей» и клеймения преступника, «отрезанием ноздрей, или клеймом на руке или щеке», Блэкстон смог поздравить его соотечественников с такой утонченностью (refinement), по сравнению с варварством на Континенте: «Отвращение, которое может вызывать этот список, порадует английского читателя, к чести английского права, по сравнению с тем отвратительным аппаратом смерти и мучения, который можно встретить в уголовных кодексах почти любой страны в Европе»<sup>1</sup>.

Суд продемонстрировал, что современные методы смертной казни претерпели существенный прогресс в сторону гуманизации. Соответственно запрет на жестокие и необычные наказания имеет относительный характер и не распространяется автоматически на любую вероятность причинения страданий. Мнение Блэкстона, таким образом, использовано в качестве подтверждения относительности восприятия отдельных правовых конструкций в различные периоды времени и эпохи.

В известном деле *Марбери против Мэдисона*, положившем начало институту судебного контроля за решениями органов других ветвей власти, Председатель Суда Джон Маршалл также использовал мнение английского правоведа Блэкстона. Марбери был назначен судьей во время Президентства Джона Адамса, однако патент на занятие должности ему не был выдан,

---

<sup>1</sup> *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008).

поскольку к власти пришел Томас Джефферсон. Марбери в этой связи обратился в суд для выдачи соответствующего судебного приказа. Суд в своем разбирательстве решал три вопроса:

1. Имеет ли претендент право на патент, который он требует?
2. Если он имеет право, и это право было нарушено, предоставляют ли ему законы страны средство защиты?
3. Если они предоставляют ему средство защиты, действительно ли это – приказ, исходящий от суда?

Маршал, анализируя второй вопрос, дословно цитирует «Комментарии к законам Англии» Уильяма Блэкстона: «это общее и бесспорное правило, что там, где есть законное право, существует также юридическое средство защиты судебным иском или ходатайством всякий раз, когда в это право вторгаются»<sup>1</sup>.

Далее при определении понятия судебного приказа (*mandamus*) Суд снова возвращается к Блэкстону, указывая, что судебный приказ представляет собой: «предписание, выдаваемое от имени Короля Судом королевской скамьи и направленное на любое лицо, корпорацию или нижестоящий суд в пределах владений Короля, требуя от них осуществить конкретные действия, указанные в нем, которые относятся к их должностному положению и обязанностям, и которые Суд королевской скамьи ранее определил, или, по крайней мере, предположил соответствующими праву и справедливости»<sup>2</sup>.

В данном случае мнение Блэкстона использовано для определения сущности и пределов применения процессуальных конструкций классического общего права.

Работы Блэкстона в США сегодня востребованы не меньше, чем несколько столетий назад, особое же значение они приобретают для толкования Конституции в делах Верховного суда США. И это связано с тем,

---

<sup>1</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>2</sup> Там же.

что Блэкстон оказал огромное влияние на формирование юридической техники и правовых категорий, в духе которых и создавалась Конституция США. Осуществленная им работа по анализу и систематизации общего права служит убедительным подтверждением принципов, существующих в праве. Вместе с тем, нельзя утверждать, что работы Блэкстона имеют то же значение, что и прецедент или нормативный акт для судов США, однако их значение в определении обычаев и общепринятых принципов общего права не менее очевидно.

Использование взглядов Блэкстона приведено в настоящем исследовании в качестве наглядного примера. Реально же суды США обращаются ко многим работам выдающихся правоведов Англии, которые уже были упомянуты. Верховным судом США используются не только мнения авторитетных английских правоведов, но и целый спектр различных доктринальных источников. В настоящее время это использование не менее широко распространено.

Так, в деле *McDonald v. City of Chicago* Верховный суд США в дополнение к делу *District of Columbia v. Heller* установил, что положение о надлежащей правовой процедуре и положение о привилегиях и иммунитетах Четырнадцатой поправки распространяются на право хранить и носить оружие, предусмотренное Второй поправкой и признанное в деле *Хеллер*.

В деле *Хеллер*, как уже отмечалось, суд подтвердил право хранить и носить оружие в целях самозащиты, предусмотренное Второй поправкой, и отменил закон округа Колумбия, запрещающий хранение оружия в доме. В Чикаго существовал аналогичный акт, однако его защитники утверждали, что право, предусмотренное Второй поправкой, не применяется в штатах (округ Колумбия не входит в состав ни одного из штатов), поскольку Билль о правах изначально распространяется только на Федеральное правительство.

Житель Чикаго Отис МакДональд присоединился к трем другим резидентам, желающим хранить огнестрельное оружие в доме в целях самообороны, в своем иске. Районный и окружной суды не признали акты,

ограничивающие право на ношение и хранение оружия, неконституционными.

Критикуя узкое толкование клаузулы о привилегиях и иммунитетах, данное в деле *Slaughter-House Cases*, суд указывает: «Сегодня многие ученые-юристы оспаривают правильность узкого толкования *Slaughter-House Cases*»<sup>1</sup>. То есть речь идет уже не только о толковании Конституции США, но и о восприятии сложившейся прецедентной практики. При этом суд ссылается на несовпадающее мнение судьи Томаса в деле *Saenz v. Roe*, указывая: «исследователи Четырнадцатой поправки соглашаются, что Клаузула не означает того, что Суд подразумевал под ее значением в 1873 году»<sup>2</sup>. А также приводит в подтверждение несколько работ исследователей и мнение «друзей суда». Суд не стал пересматривать данный подход и пошел по пути рассмотрения данного дела в контексте клаузулы о надлежащей правовой процедуре.

Рассматривая вопрос о том, является ли право хранить и носить оружие фундаментальным, суд, как и в деле *Хеллер*, прибегает к историческому анализу, мнениям Блэкстона, «отцов-основателей» и комментаторов того времени, а также анализу политико-правового смысла включения данного права в Билль, указывая, как высоко оценивали современники данное право во все важнейшие этапы истории США. Рассматривает историю ратификации Билля, законодательного закрепления права в Конституциях штатов и федеральных актах, обсуждений в законодательных органах. Суд проводит данный анализ, ссылаясь, в том числе, на работы современных исследователей. Таким образом, в данном деле доктринальные источники используются для установления как общественного мнения, так и исторической практики и тенденций в регулировании данного вопроса, толкования не только Конституции США, но и судебных прецедентов. В

---

<sup>1</sup> McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 3025 (2010).

<sup>2</sup> Там же.

конечном счете, вся указанная доктринальная масса использована для изменения восприятия уже сложившейся прецедентной практики.

Одним из наиболее эффективных и распространенных механизмов участия доктринальных мнений в решениях Верховного суда США стал институт *Amicus curiae* («друзей суда»).

Этот институт ведет свою историю из римского права. В наше время активно используется в системах общего права.

Привлечение заключений (briefs) «друзей суда» знакомо как деятельности американских, так и международных судов, в частности, данный институт активно используется Европейским Судом по правам человека. Практика привлечения заключений по правовым вопросам известна и Конституционному Суду РФ<sup>1</sup>. Однако данное явление в российской системе права имеет несколько иной характер, чем *amicus curiae*.

Статус заключений «друзей суда» закреплен в Статуте Верховного суда США. Он детально регламентирует требования к заключениям «друзей суда» и указывает, что заключение *amicus curiae*, представленное вниманию судей, относящееся к делу и представленное не сторонами по делу, может оказать значительную помощь суду<sup>2</sup>.

Чем больший общественный резонанс вызывает дело, решаемое Верховным судом, тем большее количество «друзей суда» привлекается для высказывания своего мнения. Как правило, это неправительственные организации и отдельные авторитетные специалисты по конкретным вопросам.

Изначально заключения «друзей суда» предоставлялись при разрешении общественно значимых дел, имеющих широкий резонанс. В настоящее время до 90% всех дел Верховного суда США принимается с учетом доводов *amicus curiae*.

---

<sup>1</sup> См.: Султанов А.Р. Конституционное судопроизводство и «amicus curiae» // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2009. № 4. С. 25-30.

<sup>2</sup> Rules of the Supreme Court of the U.S. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>.

Впервые заключение *amicus curiae* было использовано в деле *Ah How v. United States*. «Другом суда» стала Китайская Благотворительная Организация Нью-Йорка.

В настоящее время Верховный суд США активно использует институт *amicus curiae*. Активное участие принимается не только неправительственными организациями, но и учеными, представляющими различные научные сферы. Так, в деле *Edwards v. Aguillard* при осуществлении проверки конституционности закона Луизианы, требующего преподавать «научный» креацианизм в школах, в качестве *amicus curiae* использовались 72 нобелевских лауреата, академии наук и научные организации<sup>1</sup>.

В деле *Lozman v. City of River a Beach, Florida* привлекалась группа профессоров в области морского права при решении вопроса о том, является ли плавучий дом судном и может ли он подпадать под юрисдикцию по морским делам<sup>2</sup>.

Заключение «друзей суда» может раскрывать как вопросы факта, так и вопросы права, в нем может проводиться юридический анализ аргументов, видение возможных последствий принятия решения, раскрываться детали и конкретные обстоятельства, важные для суда.

Такие заключения выступают не только источником дополнительной информации для суда, но решают более серьезную задачу – общественного представительства при осуществлении правосудия. При этом сами по себе представляют квалифицированные мнения отдельных организаций и лиц, в том числе специалистов в области права, по определенным вопросам, разрешаемым судом, то есть во многих случаях имеют ярко выраженный доктринальный характер.

Однозначного определения, что такое *amicus curiae*, на сегодняшний день нет. К определению сущности данного явления имеются два подхода:

---

<sup>1</sup> Edwards v. Aguillard, 482 U.S. 578 (1987).

<sup>2</sup> Lozman v. City of Rivera Beach, Florida, 568 U.S. 5 (2013).

согласно первому – это своего рода эксперты, согласно второму – это скорее адвокаты, выражающие общественные интересы.

И это не случайно. С одной стороны, «друзья суда» обладают определенной квалификацией и авторитетом в конкретной области, с другой стороны, выражают определенный общественный интерес.

Именно это свойство дает возможность некоторым исследователям говорить о различных моделях вынесения решений судьями и различное значение *amicus curiae* в каждой из них<sup>1</sup>.

Правовая модель вынесения судебного решения означает его мотивирование на основе нормы права, ее толкования судьями, их правопонимания; позиционная модель – на основе политических взглядов и предпочтений судей; модель общественных интересов (или заинтересованных групп) – на основе запросов организованных общественных групп.

При этом правовая модель сводится к восприятию судьями новой информации, имеющей юридическое значение, которая представляется «друзьями суда». Воспринимается, однако, информация, обладающая определенным качеством, сомнений в происхождении которой у судей не возникает. Количество поданных заключений определяющей роли не играет.

При позиционном подходе заключения «друзей суда» и заложенная в них информация судьями мало воспринимается и имеет небольшое значение для мотивирования судебных решений. Однако роль заключений государственных и политических структур значительно возрастает.

Модель групповых интересов означает, что судьи для поднятия авторитета суда обращаются к вопросу общественного мнения и затрагиваемых групповых интересов. При этом анализируются не аргументы сторон, а объем общественных интересов, затрагиваемых при вынесении в ту или другую сторону.

---

<sup>1</sup> См.: Kearney J. D., Merrill T. W. The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court (2000). 148 U. Pa. L. Rev. 743 1999-2000. P. 743-855.

Более выраженный доктринальный характер *amicus curiae* способен проявиться лишь в правовой модели, редко и незначительно в двух других моделях. Мнения и взгляды авторитетных исследователей на юридически значимые вопросы способны раскрыть важные правовые аспекты, разрешаемые в конкретном деле, направить позицию суда в определенном доктринальном русле. Кроме того, заключения квалифицированных специалистов в области права способны осуществить всестороннюю оценку как фактическим обстоятельствам дела, так и правовым механизмам и вероятным последствиям принятия решения.

В любом случае *amicus curiae* – один из механизмов, с помощью которого Верховный суд США способен привлекать авторитетные общественные и научные мнения при разрешении вопросов, имеющих важное общественное значение.

Использование различного рода вспомогательных средств, например, словарей, также не редкость для решений Верховного суда США. Выполняя лингвистический, исторический или иной анализ, суд зачастую прибегает к данным средствам.

В 2013 году Верховный суд США рассмотрел дело *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, решение по которому получило широкий отклик у общественности, поскольку суд обосновал правило, согласно которому в случае если обладатель авторских или смежных прав вводит свое произведение в оборот (независимо от того в какой стране это происходит), он утрачивает право контролировать его дальнейшее распространение. Дело в том, что права обладателя авторских прав ограничиваются. Так, лицо, которое приобрело экземпляр произведения, имеет в дальнейшем право распоряжаться им самостоятельно. В американском праве этот принцип получил название «доктрина первой покупки», который зависит от того, в каких пределах он действует: в стране, в которой произошел ввод в оборот произведения, или также и в других странах, то есть имеет географическое толкование.



Спор возник после того, как тайландский студент перепродавал учебники английского языка, выпускаемые издательством John Wiley & Sons для реализации в азиатских странах, пересылаемые ему родственниками и друзьями, поскольку они не предназначались для продажи в США. Издательство посчитало свои права нарушенными.

В ходе разбирательства возник вопрос, указывает ли на географическое применение формулировка Акта об авторских правах – «правомерно изготовленной в соответствии с настоящим законом». Поскольку согласно Акту собственник копии вправе распорядиться ей без согласия владельца авторских прав лишь в том случае, если она «правомерно изготовлена в соответствии с настоящим законом». Прежде данную фразу суды истолковывали как географическое применение принципа, то есть ее действие в отношении произведений, законно введенных в оборот на территории США.

Суд применил различные методы толкования данной фразы и пришел к выводу, что она не содержит никаких географических отсылок и данный принцип распространяется на экземпляры, произведенные, в том числе за границей.

Суд, анализируя значения данной формулировки, прибегает к ее буквальному прочтению и, ссылаясь на Правовой словарь Блэка и Оксфордский словарь английского языка, приходит к выводу, что «Формулировки § 109 (а) ничего не говорит о географии. Слово «согласно» (under) может означать «в соответствии с» (in accordance with)»<sup>1</sup>. Лингвистическому анализу подвергается при этом вся фраза.

В этом же деле суд делает исторический и сравнительный анализ. И в дополнение прибегает к авторитетному мнению еще одного знаменитого английского правоведа: «Доктрина «первой продажи» является доктриной общего права с безупречной исторического родословной. В начале XVII века

---

<sup>1</sup> Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc., 568 U. S. (2013).

Лорд Кок объяснил отказ общего права от ограничений на отчуждение движимого имущества»<sup>1</sup>.

Далее суд приводит цитату из работы Эдварда Кока «Институции законов Англии»:

«Если кто-то владел... лошадью, или любой другой движимостью... и подарил или продал свое право... в отношении нее, с условием, что Одаряемый или Покупатель не могут отчуждать то же самое, это условие является недействительным, потому что его право... не принадлежит ему, так как он уже не имеет права на возврат, и это противоречит принципам Торговли и Оборота, переговоров и заключения контрактов между людьми: и основываясь на данных аргументах, это должно лишить его всех прав данных ему»<sup>2</sup>.

Данное мнение позволяет суду сделать вывод, что «Закон, который позволяет владельцу авторских прав контролировать перепродажи или другие операции, связанные с имуществом, после их продажи, также «противоречит принципам торговли и оборота, ведения переговоров и заключения контрактов»<sup>3</sup>.

Правовая доктрина при этом оказала помощь в правильном толковании содержания юридического термина, зафиксированного в законодательном акте (не в Конституции). Работа Кока используется в данном случае для установления и подтверждения общих принципов, существующих в общем праве и распространения их на совершенно новые правоотношения.

В заключение судом принимается в учет мнение библиотечных ассоциаций и других распространителей о том, что географическое толкование «доктрины первой продажи» негативно отразится на прогрессе науки и искусств, то есть суд принимает во внимание мнение «друзей суда» относительно социальных и научных перспектив принимаемого решения.

---

<sup>1</sup> Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc., 568 U. S. (2013).

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же.

Важно также обратить внимание еще на одну возможность правовой доктрины влияния на право США – это включение авторитетных идей в судебную практику и постепенное перерастание правовой доктрины в доктрину судебную (или конституционную), корни которой с каждым новым решением обнаружить все сложнее и сложнее.

Одним из принципов, зародившихся как доктринальный, затем перешедших в область законодательного регулирования и, наконец, внедрившихся в судебную практику, является принцип отделения церкви от государства, который, как ранее показано, изначально опирался на доктринальные положения и в этой связи представляет собой пример того, как теоретические взгляды отдельных правоведов могут повлиять на формирование как законодательных, так и прецедентных принципов и норм права.

В предыдущем параграфе проводился анализ Первой поправки Конституции США и ее теоретических, доктринальных истоков, а именно *Положения об установлении и положения о свободном исповедании религии*.

Эти положения, закрепленные в Конституции, со временем трансформировались и приобретали различное звучание и содержание на различных этапах развития правовой системы США. Его развитие осуществлялось в основном в решениях Верховного Суда США, которые формировали судебную доктрину, переходящую из одного решения в другое.

Рассмотрим основные из этих решений, выступающих примерами применения и развития данного принципа Верховным Судом.

Закрепление принципа в Конституции США и его дальнейшее развитие в судебных решениях обязано, в первую очередь, правовой доктрине того времени, т.е. идеям «Отцов-основателей», как это было показано в предыдущем параграфе.

Первым делом, положившим основу принципу отделения церкви от государства, было уже упоминавшееся выше дело *Рейнолдс против Соединенных Штатов*.

Это решение построено на мнениях двух великих личностей Джеймса Мэдисона и Томаса Джефферсона, высказанных ими в доктринальных источниках.

Верховным судом была выдвинута очень важная концепция о разделении религиозной свободы – на свободу взглядов (веры) и свободу действия (исповедания). Суд со ссылкой на мнение Джефферсона заявляет, что: «Конгресс был лишен всей законодательной власти относительно простого мнения, но оставлен свободным властвовать над поступками, которые заключались в нарушении социальных обязанностей или подрывавшими нормальный порядок»<sup>1</sup>.

Данное положение обосновывает возможность ограничения свободы вероисповедания и отдельных практик (в данном деле многоженства).

Мнение, позаимствованное из письма Т. Джефферсона, обращенного Общине баптистов<sup>2</sup>, стало одним из первых и ключевых источников, примененных судом в деле, связанном с религиозной свободой.

При этом Верховный суд пришел к выводу, что мнение Джефферсона «может быть принято почти как властное (authoritative) провозглашение масштабов и действия Поправки»<sup>3</sup>.

Дополнительно необходимо отметить, что термин «разделяющей стены» был впервые использован не самим Джефферсоном, а основателем первой Баптистской церкви США Роджером Уильямсом, то есть имеет еще более древние доктринальные корни. В письме господину Коттону Уильямс использовал следующий оборот: «Изгородь или стена разделения между садом церкви и пустыней (wilderness) мира»<sup>4</sup>. Необходимо отметить, что Уильямс использовал данное выражение в несколько ином значении – для наглядного разделения церкви и всего остального мира. Согласно его

---

<sup>1</sup> Reynolds v. United States, 98 U.S.145 (1878).

<sup>2</sup> Jefferson's Letter to the Danbury Baptists.1802. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>.

<sup>3</sup> Reynolds v. United States, 98 U.S.145 (1878).

<sup>4</sup> Hamburger P. Separation of church and state. First Harvard University Press Edition, 2004. P. 45.

представлениям, данной стеной и необходимо было огородить церковь. Несмотря на то, что данная метафора использована в несколько ином значении, она вполне могла быть воспринята Т. Джефферсоном.

Метафора, изобразившая принцип, закрепленный в Первой поправке, как «разделяющую стену между церковью и государством», таким образом, легла в основу доктрины, в дальнейшем переходившей от одного дела к другому и приобретающей все новое и новое звучание.

В деле *Эверсон против Комиссии по вопросам образования* Верховный Суд вновь возвращается к данному принципу и указывает, что: «Ни штат, ни федеральное правительство не может открыто или тайно участвовать в делах какой-либо религиозной организации или группы, и наоборот. По словам Томаса Джефферсона, положение против установления религии законом возвело разделяющую стену между церковью и государством»<sup>1</sup>.

В данном деле Верховный суд использовал метафору Джефферсона для обоснования действия Первой поправки и закрепленного в ней принципа не только на федеральное законодательство, но и на законодательство штатов, так как текст Первой поправки изначально запрещал издавать законы, устанавливающие религию или ограничивающие свободу исповедания, только Конгрессу, расширяя, таким образом, сферу его применения. Суд, соглашаясь и опираясь на мнение Джефферсона, указывает: «Первая поправка воздвигла стену между церковью и государством. Эта стена должна быть высокой и неприступной. Мы не можем допустить малейшую брешь»<sup>2</sup>.

Дальнейшая судебная практика шла по пути определения границ вмешательства государства в гарантированное право на свободу вероисповедания, которые определялись судами по-разному.

В деле *Sherbert v. Verner* Верховный суд США ввел новую категорию в данный принцип – правило о необходимости определения «насущного государственного интереса» (compelling state interest) перед тем как

---

<sup>1</sup> *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

<sup>2</sup> Там же.

отказывать в компенсации по безработице любому, кто был уволен из-за того, что его работа противоречит религиозным убеждениям.

Адель Шерберт, принадлежащая к Церкви Адвентистов Седьмого Дня, была уволена работодателем в связи с тем, что по религиозным соображениям не могла выходить на работу в субботу (Шаббат). По той же причине она не могла подыскать другую работу. Она потребовала компенсацию по безработице в соответствии с Актом Северной Каролины о компенсации по безработице. Комиссия штата отклонила ее обращение, поскольку посчитала, что она не приняла предложение подходящей работы без уважительной причины. Верховный суд же установил, что: «обременение относительно свободного исповедования религии апеллянта может быть оправдано «насущным государственным интересом в урегулировании предмета в пределах конституционных полномочий штата по регулированию...»<sup>1</sup>.

Суд при этом установил следующую последовательность, которую необходимо соблюдать при исследовании случаев обременения свободы вероисповедания. Первым является необходимость установить, что требования лица направлены именно на защиту его религиозных убеждений.

Во-вторых, следует установить, имеется ли в действиях властей ограничение этого права.

В-третьих, важно определить, имеется ли насущная государственная необходимость (*compelling state interest*) для подобных ограничений. Суд отметил, что «в этой весьма чувствительной конституционной сфере «только серьезные злоупотребления, ставящие под угрозу первостепенные интересы, дают повод для возможных ограничений»<sup>2</sup>.

И, наконец, последнее, что необходимо предпринять – это установить, что насущный интерес преследовался в наименее ограничительной и обременительной манере по отношению к религии.

---

<sup>1</sup> Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

<sup>2</sup> Там же.

Таким образом, была установлена процедура проверки законности вмешательства государства в свободу вероисповедания.

В деле *Lemon v. Kurtzman* Верховный Суд пришел к заключению, что: «стена является размытым, нечетким и переменным барьером в зависимости от всех обстоятельств конкретного отношения»<sup>1</sup>.

В данном деле были определены требования к законодательству, касающемуся религии, с целью проверки, соответствует ли оно критериям, предусмотренным Первой поправкой в части положения об установлении религии. Эти критерии выглядят следующим образом:

- 1) статуты должны преследовать светские законодательные цели;
- 2) их основным или первичным следствием не должно быть поощрение или подавление религии;
- 3) статуты не должны приводить к «чрезмерному переплетению (Entanglement) правительства» с религией.

В результате Верховным Судом выработана и определена целая процедура проверки законов на предмет соответствия Положению об установлении религии. В случае, если закон не соответствует хотя бы одному из указанных пунктов, он должен быть признан неконституционным. Это своеобразный критерий по определению прочности «разделяющей стены».

Хотя метафора, взятая из письма Т. Джефферсона, не представляла собой властный источник и не обладала какой-либо юридической силой, Верховный суд США взял ее на вооружение как исходящую из авторитетного доктринального источника. Она фактически не просто использовалась в качестве инструмента для толкования Конституции США, но приобрела статус самостоятельного источника ее дополняющего и раскрывающего сущность и характер установленного запрета, о чем свидетельствуют непосредственные и множественные обращения к ней. В дальнейшем после фиксирования в судебной практике в зависимости от обстоятельств эта доктрина раскрывалась и уточнялась судами. Сегодня – это

---

<sup>1</sup> *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

ключевой судебный принцип в делах, связанных с религиозной свободой, хотя его истоки лежат за пределами судебной практики – в доктринальных идеях «отцов-основателей» и их предшественников. Его существование уже не зависит от авторитета его автора и вряд ли кто-то вспомнит об авторе этой метафоры. Она, однако, выросла в самостоятельный и сложный принцип, детализированный и подкрепленный силой ни одного прецедента.

На данном примере наглядно продемонстрировано влияние правовой доктрины на формирование так называемой судебной доктрины как особого явления системы общего права. Несмотря на общепризнанное мнение, что судебная доктрина складывается на основе прецедента, далеко не последнее место (а порой и центральное) в ее формировании занимают доктринальные взгляды.

В то же время существует и великое множество других примеров использования доктринальных источников.

В деле *Skilling v. United States* Верховный суд пришел к тому, что работник подлежит уголовному преследованию за мошенничество, в случае если он злоупотребил доверием работодателя, был подкуплен или получил «откат». В ходе изложения позиции по делу суд ссылается на статью Hurson в *American Criminal Law Review*, указывая на распространенность теории «честной службы» (*honest-services theory*)<sup>1</sup>.

Еще одним случаем использования Верховным судом правовой доктрины было известное дело *Brown v. Board of Education of Topeka* в 1954 году, поставившее точку в вопросе сегрегации чернокожего населения на основе доктрины «раздельных, но равных» возможностей.

В данном деле, включавшем несколько исков, заявители основывали свою позицию на том, что расовая сегрегация, и доктрина «раздельных, но равных» возможностей, не обеспечивает как таковых равных возможностей, а лишь прикрывает предоставление чернокожему населению худших условий для образования по сравнению с белыми гражданами.

---

<sup>1</sup> *Skilling v. United States* 561 U.S. (2010).



«В каждом из этих дел несовершеннолетние, принадлежащие к негритянской расе, с помощью своих юридических представителей стремятся заручиться помощью судов с тем, чтобы быть принятыми в государственные школы своих общин на несеграгиционной основе. В каждом случае им было отказано в доступе в школы, посещаемые белыми детьми, в соответствии с законами, требующими или допускающими раздельное обучение по расовому признаку. Как утверждалось, такая сегрегация лишала истцов равной защиты законов в соответствии с Поправкой XIV. В каждом деле, за исключением дела в штате Делавэр, федеральный окружной суд в составе трех судей отказался удовлетворить иски на основании так называемой доктрины «разных, но равных» возможностей, провозглашенной настоящим судом в деле *Plessy v. Ferguson*»<sup>1</sup>.

Суд с неизбежностью пришел к анализу смысла и намерений, которые закладывались авторами Поправки, а также историческому анализу обстоятельств, в которых принималась поправка.

«Контраргументы были в основном посвящены обстоятельствам, сопровождавшим принятие Поправки XIV в 1868 году. Он подробно остановился на ходе рассмотрения поправки в Конгрессе и ее ратификации штатами, на существовавшей в то время практике расовой сегрегации и взглядах сторонников и противников поправки. Это обсуждение, а также наше собственное исследование убеждают нас в том, что, несмотря на то что эти источники проливают некоторый свет на стоящую проблему, тем не менее этого недостаточно для ее решения. В лучшем случае это выглядит неубедительно. Нет сомнения в том, что самые ярые сторонники послевоенных поправок ставили себе цель устранить все юридические различия между всеми лицами, «родившимися или натурализованными в Соединенных Штатах». Столь же несомненно, что их противники выступали против духа и буквы поправок и ставили себе цель ограничить последствия

---

<sup>1</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka et al.* 1954. Цит. по: Фридман Л. Введение в американское право. М., 1992. С. 265.

их применения на практике. Невозможно сколько-нибудь определенно установить, что именно имели в виду другие лица в Конгрессе или законодательных органах штатов»<sup>1</sup>.

Верховный суд указывает на то, что ранее сами основания этой доктрины не пересматривались, все исследования суда ограничивались лишь механическим анализом того, предоставлены ли действительно равные условия: в отношении помещений, окладов преподавателей и т.д.

Верховный суд в данном деле вышел за пределы подобной прецедентной практики и перешел к оценке влияния, которое оказывает само раздельное обучение на систему образования.

Суд, основываясь на прецедентах по делам *Sweatt v. Painter*<sup>2</sup> и *McLaurin v. Oklahoma State Regents*<sup>3</sup>, отметил необходимость оценки, кроме всего прочего, нематериальных доводов. В этой связи он перешел к анализу воздействия самого раздельного обучения на сегрегированных учащихся.

В конечном итоге, суд пришел к выводу, что раздельное обучение порождает чувство неполноценности среди негритянского населения, затормаживает их образовательное и умственное развитие и лишает благ, которые они могли получить при совместном обучении.

Обосновывая и подтверждая свою позицию, Верховный суд ссылается на авторитетные исследования в области социальной психологии: «Каким бы ни был объем знаний в области психологии в момент слушания дела *Plessy v. Ferguson*, правильность этого заключения подтверждается современными авторитетами. Любая формулировка в деле *Plessy v. Ferguson*, противоречащая настоящему заключению, отвергается»<sup>4</sup>.

В решении приводятся ссылки на следующие работы: К. Б. Кларк «Влияние предвзятости и дискриминации на развитие личности»

---

<sup>1</sup> Brown v. Board of Education of Topeka et al. 1954. Цит. по: Фридмэн Л. Введение в американское право. С. 266.

<sup>2</sup> Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).

<sup>3</sup> McLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637(1950).

<sup>4</sup> Brown v. Board of Education of Topeka et al. 1954. Цит. По: Фридмэн Л. Указ. соч. С. 268.

(Конференция середины столетия в Белом доме по проблемам детей и юношества, 1950); Уитмер и Котински «Становление личности» (1952); Дойтшер и Чейн «Психологические последствия принудительной сегрегации: обзор социологических выводов» (Journal of Psychology № 26, 259 (1948)); Чейн «Каковы психологические последствия в условиях равных возможностей?» (International Journal, № 3, «Взгляды и отношение», 229 (1949)); Брамелльд «Расходы на образование в условиях дискриминации и в социальном обеспечении» (Макивер, изд. 1949); Фразер «Негр в Соединенных Штатах (1949)».

По социологическому аргументу судья Том Кларк заявляет, что суду не требуется современный психолог, чтобы сказать, что принудительное разделение двух рас ставит на цветной расе знак неполноценности, в противоположность аргументам *Плесси против Фергюсона*<sup>1</sup>.

Применив подобное социологическое и психологическое исследование, суд пришел к выводу, что «раздельные учебные заведения не равны по своей природе» и что «в области государственного образования доктрине «раздельных, но равных» возможностей нет места»<sup>2</sup>.

На данном примере видно, что Верховный суд низложил доктрину, существовавшую на протяжении более полувека, прежде всего, на основании тех тенденций, которые происходят в обществе и науке, подтвердив их наличие авторитетными мнениями современных ученых.

Следует отметить, что в данном деле судом использовалась не правовая доктрина как таковая, а скорее современные научные социологические и психологические знания. Это показывает влияние социальных тенденций и науки на судебную практику, зарождение и формирование судебных и правовых доктрин.

Еще одним важным вопросом является использование международного, зарубежного законодательства и законодательства других штатов в решениях

---

<sup>1</sup> Brown v. Board of Education of Topeka et al. 347 U.S. 483 (1954).

<sup>2</sup> Там же.

судов, так называемых неюрисдикционных источников. И хотя данный вопрос не входит в предмет настоящего исследования, ему необходимо уделить некоторое внимание, поскольку он может пролить свет на отдельные аспекты использования судебной системой США источников, официально не наделенных юридической силой, к разряду которых относится и правовая доктрина в том числе.

До сих пор ведутся дискуссии по поводу использования судами международного и зарубежного права в своих решениях. Данный вопрос настолько остро беспокоит юридическое сообщество США, что мнения по нему разделились и в стане судей Верховного суда США. Краеугольным камнем выступают дела *Atkins v. Virginia*, *Lawrence v. Texas* и *Roper v. Simmons*. Данный вопрос, однако, может помочь пролить свет на значение неюрисдикционных источников для судебной системы США.

Такие источники используются судом в качестве «убедительного источника» (*persuasive authority*) и приобретают определенную ценность, поскольку исходят от определенного типа уважаемых правовых институтов. Кроме того, не стоит забывать и об особенностях, связанных с федеративным устройством США и самостоятельностью правовой системы каждого штата. «Из-за этого, когда суды штатов ссылаются друг на друга, они в полном смысле слова ссылаются на «зарубежное» право»<sup>1</sup>.

В любом случае данные ссылки осуществляются с целью улучшить правовую систему, сблизить ее с общечеловеческими представлениями о праве и придать убедительность и уважение судебному решению.

В деле *Atkins v. Virginia* Верховный суд установил, что наказание в виде смертной казни для умственно отсталых лиц нарушает запрет на использование жестоких и необычных наказаний, предусмотренный Восьмой поправкой к Конституции США. В данном деле суд проанализировал законодательство отдельных штатов США и пришел к выводу, что «большое

---

<sup>1</sup> Rauch D.E. Same Difference: Inter-State Legal Citation and the Supreme Court's Use of Foreign Law // *Journal of Politics & Society*. Vol. 22. № 1. P. 45.

число штатов, запрещающих смертную казнь умственно отсталых лиц (и полное отсутствие законодательства, восстанавливающего такие наказания) предоставляет мощное свидетельство того, что общество сегодня рассматривает умственно отсталых преступников решительно менее виновными, чем обычные преступники»<sup>1</sup>. В дополнение приводит несколько доктринальных работ, посвященных преступлениям умственно отсталых лиц.

В деле *Lawrence v. Texas* Верховный суд США признал неконституционным Закон о содомии штата Техас. Необходимо отметить, что в данном деле суд оказался в непростой ситуации, поскольку ранее по подобному делу уже была высказана позиция суда (*Bowers v. Hardwick*). В своем решении Суд сослался на дело *Dudgeon v. The United Kingdom* Европейского Суда по правам человека, установившего, что уголовное преследование за гомосексуализм нарушает восьмую статью Европейской конвенции о правах человека.

Опровергая выводы решения по делу *Bowers v. Hardwick*, в котором анализировалась, в том числе, историческая основа запрета на содомию, суд указывает: «С самого начала следует отметить, что в этой стране нет никакой давней истории законов, рассматривающих гомосексуальное поведение, в качестве отдельного вопроса»<sup>2</sup>.

Ссылаясь на целый ряд исследований по уголовному праву, суд заключает, что: «Комментаторы девятнадцатого века так же воспринимали американские статуты о содомии, мужеложестве и преступлениях противных природе, как криминализирующие определенные отношения между мужчинами и женщинами и между мужчинами и мужчинами» и «таким образом ранние американские законы о содомии не были направлены на гомосексуалистов как таковых, но вместо этого стремились запретить не воспроизводящую потомство сексуальную активность в целом»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

<sup>2</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>3</sup> Там же.

Это дело, по сути, поставило вопрос о возможности интерпретации Конституции в свете общественных изменений. В несопадающем мнении судья Скалиа заявил: «Конституционные установления не начинают существовать, потому что некоторые штаты решили смягчить или устранить уголовные санкции в отношении определенного поведения. Еще менее вероятно, что они начинают существовать, как Суд кажется верит, от того, что иностранные государства декриминализируют определенное поведение. Мнение большинства по делу Бауэрс никогда не полагалось на «ценности, которые мы разделяем с остальной цивилизацией», а предпочло отклонить заявленное право на содомию на том основании, что такое право не было «глубоко укоренившимся в историю и традиции этого народа»<sup>1</sup>.

В деле *Roper v. Simmons* Верховный суд признал неконституционным наложение смертной казни за преступления, совершенные в возрасте до 18 лет. Решением по делу также был пересмотрен прецедент *Stanford v. Kentucky* 1989 года, согласно которому данный возраст составлял 16 лет.

Ссылаясь на исследование практики штатов, суд указывает на «национальный консенсус» по данному вопросу (вывод, который подвергнут сомнению судьей Скалиа в несопадающем мнении).

Учитывая мнение международного сообщества, прежде всего, Конвенцию ООН о правах ребенка, суд указывает: «Мнение подавляющего большинства международного сообщества против смертной казни несовершеннолетних не руководит данным решением, но оно обеспечивает уважаемое и значимое подтверждение определения Суда о том, что казнь является несоразмерным наказанием для преступников в возрасте до 18 лет»<sup>2</sup>.

Судом при этом проводится социологическое и научное исследование. Со ссылкой на *Федералист* суд отмечает: «Со временем, от одного поколения к другому, Конституция пришла к тому, чтобы заработать высокое

---

<sup>1</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>2</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

уважение и даже, как Мэдисон смел надеяться, почитание американского народа»<sup>1</sup>.

Судья Скалиа вновь не только подверг сомнению обоснованность таких исследований: «Для поддержания своего мнения, что штатами должно быть запрещено применения смертной казни для тех, кто совершил убийство в возрасте до 18 лет, Суд обращается к научным и социологическим исследованиям, подбирая и выбирая те из них, которые поддерживают его позицию. Никогда не объясняет, почему эти конкретные исследования являются методологически обоснованными; ни одно из них не входило в предмет доказывания или было проверено состязательным разбирательством»<sup>2</sup>, но и представил ряд исследований, придерживающихся другого мнения.

Таким образом, мы отмечаем важную черту, а именно, необходимость согласования мнения судей с представлениями, существующими в обществе и научной среде. А использование доктрины в ряде случаев осуществляется для установления современных тенденций социальной жизни и общественного мнения по отдельным вопросам.

Примерно тем же изложенным принципам и целям придерживаются и нижестоящие федеральные суды США и Верховные суды штатов, используя доктринальные источники.

В деле *Naim v. Naim* Верховный суд Виргинии, анализируя право штата регулировать вопросы брака, ссылается на раздел энциклопедии *American Jurisprudence*, посвященный смешанным бракам, указывая, что:

«В соответствии с властью каждого штата, принимать законы, регулирующие брак своих граждан, объявлять, кто может вступать в брак, как они могут вступать в брак, и какие должны быть правовые последствия вступления в брак, как надлежало установленное рассматривается положение о том, что, хотя законы о смешанных браках настойчиво

---

<sup>1</sup> Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

<sup>2</sup> Там же.

атаковались на том основании, что они нарушают Конституцию Соединенных Штатов, они тем не менее представляют собой надлежащее осуществление власти каждого штата контролировать своих граждан»<sup>1</sup>.

Эту отсылку Верховный суд Виргинии использует, подтверждая недействительность брака между белой женщиной и мужчиной китайского происхождения, законодательно запрещенного в Виргинии. Несмотря на то, что судом приводится множество прецедентов, подтверждающих данное право штата, он не преминул дополнительно обратиться к доктринальному источнику. Такая отсылка служит целям показать обоснованность и распространенность занятой судом позиции не только среди судей, но и, прежде всего, подтвердить признание данного подхода в профессиональном сообществе. Что придает мнению судей дополнительный вес и авторитетность. Таким образом, судьи как бы сопоставляют свою позицию с принципами, существующими в доктрине.

Ссылки на правовую доктрину судами США различного уровня просто не поддаются исчислению из-за многообразия самой судебной системы и способов использования доктрины. Поскольку решения нижестоящих судов и судов штатов имеют гораздо меньшее значение для правовой системы США и не могут быть охвачены предметом настоящего исследования, ограничимся лишь указанием некоторых современных решений, в которых судьи не преминули сослаться на работы правоведов.

В своем решении *US v. Fish* Апелляционный суд первого округа ссылается на работу Пьера Н. Леваля в обзоре права Нью-йоркского университета (N.Y.U. Law Review)<sup>2</sup>.

Апелляционный суд второго округа, исследуя проблему исполнения уголовного закона другого государства в деле *Federative Republic of Brazil v.*

---

<sup>1</sup> *Naim v. Naim*, 197 Va 80; 87 S.E.2d 749 (1955).

<sup>2</sup> *US v. Fish*, 12-1791P.01A, 2014/02/26.



Fu, ссылается на работу Роберта Лефлера, опубликованную в обзоре права Гарвардского университета (Harvard Law Review)<sup>1</sup>.

Не сложно заметить, что ключевое значение правовая доктрина приобретает при толковании Конституции США, при этом авторитет отдельных работ доходит до степени признания их источником права, в некотором смысле продолжением и дополнением конституционных установлений. При толковании правовая доктрина используется для исторического, лингвистического, текстуального, социологического анализа.

Большое значение доктрина играет при толковании прецедентной практики, а также в некоторых случаях выступает в качестве ядра судебных доктрин, развиваемых в судебных решениях.

Не менее важна роль доктрины в качестве показателя общественного и научного мнения, тех представлений о праве и отдельных его вопросах, которые существуют в обществе и, прежде всего, в научной среде, поскольку суды испытывают жизненно важную необходимость в легитимизации своих решений, придания им авторитетности, обоснованности и профессионального уважения.

---

<sup>1</sup> Federative Republic of Brazil v. Fu, 12-4601-cv, 03-24-2014.

### **2.3. Основные тенденции развития правовой доктрины как источника права США**

Основные тенденции, происходящие в праве США в целом, неизбежно проецируются на все его основные элементы, в том числе правовую доктрину как одну из важнейших категорий.

На тенденции развития правовой доктрины, прежде всего, влияют общие процессы в праве США и отличительные особенности, делающие его совершенно уникальным явлением.

А.Х. Саидов выделяет следующие особенности американской правовой системы: двухуровневое правовое развитие федерации и штатов; главенствующее положение федеральной Конституции; дополнение реализации принципа разделения властей введением судебного контроля за конституционностью законов; сочетание сохранения приоритетной роли судебной практики с интенсивным развитием отраслевого законодательства; различие в юридической терминологии Англии и США; более подвижный судебный прецедент, чем английский<sup>1</sup>.

Именно эти особенности обеспечивают совершенно уникальный характер американской правовой системы.

Говоря о тенденциях в праве США, следует иметь в виду, что они проявляются как в праве в целом, так и в отдельных его отраслях и элементах. К примеру, характеризуя основные тенденции в уголовном праве США и принятие Модельного уголовного кодекса И.Д. Козочкин отмечает: «По существу это означало первую общую тенденцию, имеющую два основных аспекта: 1) Кодекс привнес определенное единообразие «в хаос общего права и в его развитие» в США и 2) Кодекс «дал юристам в масштабе

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). М., 2003. С. 248.

всей страны общий язык и единое понимание» уголовно-правовых вопросов»<sup>1</sup>.

Расширение роли законодательства в целом и кодификации в частности, одна из объективно наблюдаемых тенденций в американском праве. Эта тенденция коснулась основных отраслей американского права.

Говоря о возрастающей роли законодательства и кодификации, нельзя, однако, говорить о снижении роли прецедента или о его подавлении кодексами.

Отмечаемый факт, что судьи все чаще ссылаются на законы, далеко не означает падения роли судебного прецедента, а свидетельствует лишь о совершенствовании правовой системы в целом. Развитие общественных отношений, расширение спектра социально-экономических и политических вопросов, решаемых судьями, ранее не попадавших в поле их зрения, принуждает обращаться к статутам, которые объективно более четко регулируют общественные отношения. «Однако позже суды уже могут ссылаться и на закон, и на судебный прецедент или только на судебный прецедент. И также, как и прежде, закон становится действующим, только если на него опираются суды. В противном случае его нормы будут мертвы»<sup>2</sup>.

Нельзя утверждать и то, что эта тенденция представляет собой организованное движение, доминирующее в американском правоведении, каким его иногда представляют многие исследователи.

«Действительно, историки стремились объединить требования самых разных и зачастую противоречивых групп в единое движение за

---

<sup>1</sup> Козочкин И.Д. Некоторые основные тенденции развития американского уголовного права (источники, институты учения о преступлении) // Государство и право. 2011. № 10. С. 66.

<sup>2</sup> Саидов А.Х. Указ. соч. С. 273.

реформирование законодательства, а затем представить «кодификацию» в качестве центрального элемента программы этого движения»<sup>1</sup>.

Многие исследователи просто отрицают существование сколько-нибудь организованного кодификационного движения, утверждая, что определенные политически организованные движения по реформе американского законодательства действительно существовали, а многие из них действительно оказали существенное воздействие на правовую систему, но кодификация никогда не была ключевой позицией в их повестке дня<sup>2</sup>.

Как уже отмечалось, наличие признаков двух разных правовых семей отражается на природе правовой доктрины в США, придавая ей особенный характер, позволяя осуществлять функции, свойственные для доктрины в обеих системах и общего, и романо-германского права, расширяя сферу ее применения и синтезируя принципы ее использования. При этом возрастание роли законов и кодификации неизбежно смещает и вектор приложения доктрины от прецедента к статуту. В этой связи и сама правовая доктрина приобретает совершенно иные черты, не свойственные доктрине традиционного общего права.

Правовая доктрина отчасти перестает служить чисто практическим судебным и правоприменительным задачам, как это наблюдалось ранее (хотя эта функция по-прежнему значительна, как было показано на предыдущих страницах работы). И вместо того, чтобы представлять своего рода обобщение, обзор судебной практики все больше приобретает теоретизированный, абстрагированный характер. Что делает ее все больше похожей на университетское (профессорское) европейское право.

Однако данная тенденция характеризует скорее качественное свойство правовой доктрины, те изменения, которые происходят внутри нее, ее содержание, структуру затрагиваемых вопросов.

---

<sup>1</sup> См.: Gordon R.W. The American Codification Movement // Faculty Scholarship Series. 1983. Paper 1370. P. 432.

<sup>2</sup> См.: Там же. P. 434.

Анализируя качественную сторону правовой доктрины, исследователи указывают на целый ряд тенденций, проявляющихся в правовой науке: изменение количества журналов; изменение продуктивности авторов; изменения в тематике; изменения в размещении моделей по тематике<sup>1</sup>.

Та роль, которую правовая доктрина играет в судебном правотворчестве, изменилась не так значительно, и едва ли можно говорить о потере своего статуса и прежних позиций в решениях судей. Но с возрастанием роли статута в судебных решениях использование правовой доктрины становится менее значимым.

В мае 2011 года газета New York Times процитировала заявление действующего председателя Верховного суда США Джона Робертса: «То чем академия (*наука – М.Е.*) занимается, насколько я могу судить... в значительной степени не имеет пользы или интереса для людей, которые на самом деле практикуют право»<sup>2</sup>.

При этом, как отмечают исследователи, судья Робертс не единственный судья, который заявляет о бесполезности для практиков юридической науки<sup>3</sup>. Дебаты разворачиваются в основном вокруг издаваемых университетами сборников статей по праву. И, конечно же, не все судьи разделяют мнение судьи Робертса.

Нельзя не обратить внимания и на статистику, которую приводят исследователи: «За последние шестьдесят один год, Верховный суд использовал правовую науку (*legal scholarship*) в 32,21% своих решений»<sup>4</sup>. Что свидетельствует о возрастании объема использования правовой науки

---

<sup>1</sup> См.: Arewa O., Dau-Schmidt K., Henderson W., Morriss A. The Production, Consumption and Content of Legal Scholarship: A Longitudinal Analysis C. 7. [Электронный ресурс]. Режим доступа:

[http://www.utexas.edu/law/academics/centers/clbe/wp/wpcontent/uploads/centers/clbe/morriss\\_production\\_consumption\\_content\\_of\\_legal\\_scholarship.pdf](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/clbe/wp/wpcontent/uploads/centers/clbe/morriss_production_consumption_content_of_legal_scholarship.pdf).

<sup>2</sup> Petherbridge L. & Schwartz D.L. Articles An empirical assessment of the supreme court's use of legal scholarship // Northwestern University Law Review. 2012. Vol. 106. № 3. P.996.

<sup>3</sup> См.: Там же. P. 996.

<sup>4</sup> Там же. P. 998.

Верховным судом<sup>1</sup>. Имеются ввиду, прежде всего, академические работы университетских журналов и обзоров по праву.

Из 7730 решений (с 1949 по 2009 год) Верховный суд использовал правовую науку в 2490 решениях и цитировал статьи по праву 8152 раза (не считая повторяющихся ссылок в одном решении)<sup>2</sup>.

Конечно, нельзя однозначно сказать, что указанная тенденция характерна для использования всех доктринальных источников. Авторы подобного эмпирического исследования в первую очередь прослеживали ее на примере цитирования научных статей в решениях Верховного суда США.

«Мы используем фразу «правовая наука» (legal scholarship), чтобы обозначить правовые обзоры (law review) и статьи правовых журналов. Мы даем широкое понятие обзорам права и журнальным статьям по праву, чтобы охватить все обзоры права и журналы, в том числе специализированные журналы. Мы не ограничиваем наше исследование только «элитными» журналами. Наше определение исключает другие работы, которые могут быть охарактеризованы как правовая наука, такие как трактаты, учебники и научные книги»<sup>3</sup>.

Среди правовых журналов также существует некоторая конкуренция, и используются судами они по-разному. Так, интересно исследование о судебном цитировании в 1996-1998 годах, согласно которому частота судебного цитирования для изданий Йеля, Стэнфорда и Гарварда составила 39,5% и 21,9% для изданий Нотр Дамы и Иллинойса<sup>4</sup>.

Подобная статистика более чем наглядно свидетельствует о том, что правовая доктрина сегодня востребована еще в большей степени, чем полвека назад. С тех пор мало что изменилось, доктринальными работами

---

<sup>1</sup> См.: Petherbridge L. & Schwartz D.L. Articles An empirical assessment of the supreme court's use of legal scholarship. P. 998.

<sup>2</sup> См.: Там же. P. 1006.

<sup>3</sup> Там же. P. 999.

<sup>4</sup> См.: Crespi G.S., Judicial and Law Review Citation Frequencies for Articles Published in Different Tiers of Law Journals: An Empirical Analysis Empirical Analysis // Santa Clara Law Review. 2004. № 44. P. 909.

по-прежнему не пренебрегают, они по-прежнему очень важны, и не только в американской правовой истории, но и в истории общего права в целом<sup>1</sup>.

Однако нельзя не заметить тот факт, что использование доктрины в судебных решениях становится все менее значимым для конструирования судебного прецедента. Это неизбежный процесс, который не в последнюю очередь связан с укреплением роли законодательства.

При этом, как уже отмечалось, задачи, решаемые с помощью доктрины, и варианты ее использования становятся все более разнообразными, и продиктованы они конкретными целями, поставленными перед судом в рассматриваемом деле.

Ссылки на доктринальные источники, в первую очередь, в решениях судьи используют для усиления эффекта обосновываемой правовой позиции. Что должно засвидетельствовать взвешенность принимаемого решения, соответствие нормы права, на основе которой принято решение, буквальному смыслу, заложенному в акте и ее доктринальному толкованию<sup>2</sup>.

Безусловно, правовая доктрина оказывает огромное влияние на практиков и законодателя, поскольку формирует их представления о праве, его принципах.

Естественно, что судьи и практики узнают о праве, не просто читая дела и законы. Они узнают о праве, если не в первую очередь, изучая произведения ученых, слушая профессоров, которые пытаются провести обобщение и внести порядок в обширном и хаотичном массиве правовых норм, изложенных как в законах, так и в судебных решениях. «Тот факт, что наука опосредует связь между судьями и практиками, с одной стороны, и правовыми нормами, с другой стороны, может привести некоторых к выводу,

---

<sup>1</sup> См.: Fernandez A. & Dubber M.D. Introduction: Putting the Legal Treatise in Its Place. Law Books in Action: Essays on the Anglo-American Legal Treatise. Oxford, 2012. 252 p.

<sup>2</sup> См.: Бычков А. Правовая доктрина в судебной практике // ЭЖ-Юрист. 2013. № 39. С. 1,8.

что правовая наука является одним из наиболее влиятельных источников права»<sup>1</sup>.

Вместе с тем не стоит также преувеличивать роль правовой доктрины и прежде всего в судебной практике.

Существует и другая крайность – принижение важности и значения правовой доктрины. Подобное принижение обычно достигается двумя способами. «Первый способ состоит в выдвижении сомнений в самой возможности юридической науки служить в качестве источника права. Другой способ признает статус науки в качестве факультативного (permissive) источника права, но принижает важность факультативных источников в целом»<sup>2</sup>. Хотя оба способа не исключают и не отвергают значение правовой доктрины в системе источников американского права.

Еще одна тенденция связана с главенствующей ролью Конституции в системе права США. Само по себе ее существование в определенной мере ограничивает свободу как законодательных, так и судебных органов. В этой связи возрастает роль толкования Конституции, а также различных инструментов такого толкования, в том числе лингвистического, исторического анализа текста, что, в свою очередь, также неизбежно отражается на содержании правовой науки, а точнее ее предмете и целях, которые ставятся перед исследователем. Возрастает роль вспомогательных ресурсов и исторических работ, позволяющих раскрыть логику и содержание конструкций, заложенных в Конституции.

Велика при этом роль Верховного суда США, который уже давно перестал быть чисто судебным органом. Те правотворческие функции, которые осуществляются им, неизбежно способны наделять те или иные работы качествами авторитетных источников.

---

<sup>1</sup> Shecaira F.P. Legal Scholarship as a Source of Law. Open Access Dissertations and Theses. 2012. Paper 6842.P. 75.

<sup>2</sup> Там же. P. 77.



Правовая доктрина активно используется при судебном толковании Конституции. Учитывая сдержанность ее формулировок, доктринальное подтверждение смысла, который вкладывался в положения Конституции ее создателями (в виде их работ), приобретает совершенно особенное значение, временами дополняя и раскрывая конституционные положения. При этом в случае рассмотрения намерений «отцов-основателей» их доктринальные труды воспринимаются как авторитетные источники без какой-либо проверки или дополнительного подтверждения.

Интересным является вопрос о том, какое значение имеет цитирование судами, и, прежде всего, Верховным судом, работ для их авторов. Подобные факты в научном юридическом сообществе воспринимаются как неоспоримое признание авторитета автора и его работы.

Так, на сайте George Mason Law Review было опубликовано поздравление авторам, на чью работу сослался суд в одном из дел: «Поздравляем Клейтона Е. Крамера, Николаса Дж. Джонсона и Джорджа А. Моксари, чьи эссе ... недавно было процитировано Верховным судом США в деле *McDonald v. City of Chicago, Ill.* Их эссе детализирует общественное понимание «права хранения и ношения оружия» в период, предшествующий принятию Четырнадцатой поправки. Дело McDonald породило большую общественную дискуссию, с того момента как оно было принято 28 июня, и мы рады, что выдающиеся ученые, опубликованные в George Mason Law Review, способствовали решению Суда»<sup>1</sup>.

Отмечается еще одна интересная тенденция, неразрывно связанная с процессами информационного общества.

Так, исследователи обращают внимание, что с 1975 года начался новый этап в развитии правового исследования – этот период отмечен широким

---

<sup>1</sup> George Mason Law Review. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.georgemasonlawreview.org/george-mason-law-review-quoted-in-u-s-supreme-court-opinion>.

использованием электронных правовых источников исследования<sup>1</sup>. Конечно, это, прежде всего, справочные системы, которые облегчают поиск правовой информации для аргументации своей позиции и нельзя их рассматривать в отрыве от содержащихся в них работ. Но они вносят существенный вклад в деятельность юристов и судей.

Следующая тенденция связана с развитием информационных технологий и сети интернет. Все чаще в решениях судов делаются ссылки на отдельные веб-сайты.

«Ссылаться на сайты стало обычной практикой для судей Верховного Суда, но это началось всего лишь со струйки цитат. Судья Соутер был первым судьей, сославшимся на Интернет в решении 1996 года, когда он предоставил два URL-адреса для источников, на которые он опирался в части его совпадающего мнения. Затем, в 1998 году, судья Гинзбург использовала Интернет-источники, чтобы продемонстрировать различные значения слова «носить» в несовпадающем мнении. В последующие годы другие судьи присоединились к тенденции цитирования веб-сайтов, и, в конце концов, начали включать их в мнения большинства»<sup>2</sup>.

...«Мы обнаружили, что в течение периода времени, который мы рассмотрели (1996-2010), 114 решений большинства Верховного суда включали интернет-ссылки (links)»<sup>3</sup>.

Вместе с тем подобная практика сталкивается с определенными проблемами, прежде всего, информационного характера, поскольку содержание подобных интернет-ресурсов постоянно меняется и ссылки со временем перестают соответствовать действительности.

Правовая доктрина, таким образом, подвержена определенным изменениям как внешнего, так и внутреннего свойства. В целом эти

---

<sup>1</sup> См.: Cohen M.L. Researching Legal History in the Digital Age // Law Library Journal. 2007. № 99. P. 377.

<sup>2</sup> Liebler, Raizel and Liebert. Something rotten in the state of legal citation: the life span of a United State Supreme Court citation containing an internet link (1996-2010) // Yale Journal of Law and Technology. 2013. Vol. 15. Iss. 2, Article 2. P. 279.

<sup>3</sup> Там же. P. 280.

изменения происходят в контексте эволюционирования всей правовой системы США, в результате которого отдельные аспекты права выходят на передний план, другие же, напротив, утрачивают былое значение.

В отношении правовой доктрины в правовой системе США сегодня можно с уверенностью говорить о следующих процессах:

- изменение ее классической для общего права функции в связи с увеличением роли законодательных актов и кодификации, в результате чего меняется ее характер;

- снижение конструирующей роли правовой доктрины в создании судебных прецедентов, с одновременным возрастанием объемов и вариативности использования в судебных решениях;

- активное использование правовой доктрины в целях толкования конституционных положений;

- увеличение количества ссылок на доктринальные источники в решениях Верховного суда США;

- активное использование доктрины при пересмотре прецедентной практики, для установления общественных тенденций, придания обоснованности мнению судей;

- расширение использования доктринальных источников за счет современных электронных и интернет ресурсов, что ведет к изменению методов и стиля работы практиков и судей.

### **Глава 3. Перспективные направления использования доктрины в правовой системе России (на основе опыта США)**

В своих общих чертах российская правовая система относится к романо-германской правовой семье. Хотя, безусловно, имеет отличительные свойства, связанные с историческими особенностями и условиями формирования и развития права в нашей стране.

Как уже отмечалось на предыдущих страницах диссертации, юридическую доктрину в качестве источника права следует анализировать как в содержательном, так и формально-юридическом аспектах. Дуализм содержательно-формального понимания проявляется в любом из источников права и соответственно проецируется и на восприятии доктрины в качестве источника права.

В содержательном плане нет оснований исключать доктрину из источников российского права. Точку зрения о том, что правовая доктрина является одной из основных сил, конструирующих российское право, сложно подвергать сомнению. В частности, А.А. Зозуля, исследуя роль и значение доктрины в современном праве, убедительно показывает, каким образом влияли различные господствующие политико-правовые концепции на формирование права на различных этапах развития Российского государства<sup>1</sup>. Р.С. Байниязов обосновывает идею о том, что правовая политика Российского государства «не всегда отличается последовательностью и достаточной идейной обоснованностью» во многом по причине дефицита «зрелого, развитого правосознания, способного к созиданию эффективной законодательной доктрины с учетом культурной специфики российской ментальности»<sup>2</sup>.

Сложнее обстоит ситуация при рассмотрении доктрины с формально-юридических позиций. Согласно преобладающему в российской

---

<sup>1</sup> См.: Зозуля А.А. Доктрина в современном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006. С. 112-142.

<sup>2</sup> Байниязов Р.С. Правосознание и правовой менталитет в России: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 6.

юридической науке мнению, правовая доктрина не является формой права, то есть источником в формально-юридическом смысле<sup>1</sup>. В первую очередь, такой подход означает, что на нее нельзя «сослаться» как на обязательный и обладающий регулятивными свойствами источник, например, в судебной деятельности при осуществлении правосудия. Например, Д.Ю. Любитенко пишет, что «до настоящего времени с формально-юридических позиций нет оснований считать правовую доктрину источником российского права. Утверждение о том, что доктрина в формально-юридическом смысле не может быть признана источником российского права, не ставится под сомнение только лишь одним излюбленным нормативистами вопросом риторического содержания: «Как можно сослаться на доктрину?»<sup>2</sup>.

Думается, что процессы универсализации, интеграции, глобализации современного правового пространства<sup>3</sup>, связанные в том числе с заимствованием романо-германской правовой семьей позитивного опыта использования доктрины в семье общего права, не позволяют столь категорично ставить данный вопрос, поскольку «сослаться» на доктрину на нынешнем этапе развития правовой системы Российской Федерации, как будет показано ниже, вполне возможно. Как справедливо отмечает С.А. Киреева, «правовая рецепция – объективный фактор правового прогресса, который невозможен без взаимосвязей, взаимообогащения правовых культур»<sup>4</sup>. При этом следует, безусловно, поддержать вывод В.Л. Кулапова и

---

<sup>1</sup> См., например: Байтин М.И. О юридической природе решений Конституционного Суда Российской Федерации // Государство и право. 2006. № 1; Зивс Л.С. Источники права. М., 1981; Шебанов А.Ф. О понятиях источника права и формы права // Правоведение. 1965. № 4; Он же. Форма советского права. М., 1968; и др. Хотя высказываются и противоположные точки зрения. См., в частности: Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12; Марченко М.Н. Об основных тенденциях развития права в условиях глобализации // Государство и право. 2009. № 6.

<sup>2</sup> Любитенко Д.Ю. Правовая доктрина в системе источников российского права // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2010. № 4 (15). С. 31.

<sup>3</sup> См. подробнее: Кулапов В.Л., Потапенко Е.Г. Теоретические основы правовой интеграции. М., 2011.

<sup>4</sup> Киреева С.А. Правовая интеграция как важнейшее направление межгосударственной интеграции // Правовая политика и правовая жизнь. 2010. № 2 (39). С. 126.

Е.Г. Потапенко о том, что воспринимаемый правовой материал должен проходить через стадии обобщения и адаптации, что позволяет решить сразу две наиболее острые проблемы:

1. Обеспечить национальную специфичность внутригосударственного правового регулирования, поскольку правовой материал, подвергаясь обобщению, теряет свою прямую принадлежность к конкретной правовой системе. На основе обобщенного правового материала происходит выработка своей правовой модели с учетом национальных особенностей социальной жизни.

2. Сохранить целостность внутригосударственной правовой системы, так как при включении правового материала в национальную правовую систему происходит его согласование с элементами этой системы<sup>1</sup>.

Таким образом, констатируя расхождение взглядов в современной юридической науке по вопросу перспектив и возможностей развития правовой доктрины в правовой системе Российской Федерации (что, еще раз повторим, является следствием диаметрально противоположных оценок самого факта признания правовой доктрины источником права), вместе с тем, считаем вполне реальным очертить основные направления использования правовой доктрины с учетом опыта, накопленного в системе общего права и правовой системе США, в частности.

В целом можно выделить широкий спектр направлений развития правовой доктрины и внедрения ее в правовую систему Российской Федерации:

- использование доктрины в правотворческом процессе, при разработке нормативно-правовых актов;
- использование доктрины при производстве научной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов;
- реализация доктрины в судебных правовых позициях;

---

<sup>1</sup> См.: Кулапов В.Л., Потапенко Е.Г. Указ. соч. С. 153.

- изложение доктрины в актах доктринального толкования права, которые непосредственно воздействуют на правоприменительную практику;
- использование доктринальных источников при создании Словаря законодательной лексики;
- издание политико-правовых документов («доктрин»);
- использование специально подготовленных научных докладов в практике государственного управления;
- создание Собрания доктринальных трудов;
- расширение функций Академий наук и других научных организаций и объединений<sup>1</sup>.

Следуя логике настоящего диссертационного исследования, рассмотрим роль правовой доктрины в двух наиболее значимых аспектах для функционирования правовой системы: ее участие в правотворческой деятельности и использование в судебном правоприменении. Ни в коем случае не посягая на методологические основы нормативного понимания права, согласно которым «право как государственная воля общества проявляется в реальной жизни не иначе как система официально признаваемых и действующих в данном государстве юридических норм в их материалистическом понимании»<sup>2</sup>, обозначим возможные перспективные направления развития в отечественной правовой системе юридической доктрины на основе проведенного в диссертации анализа опыта правовой системы США. Поскольку независимо от того, какого преобладающего мнения по данному вопросу придерживается отечественная юридическая наука, признается ли официально в нашей стране доктрина в качестве источника права в формально-юридическом смысле или нет, очевидным является то обстоятельство, что в правовой системе России как неотъемлемой части современного мирового правопорядка под воздействием

---

<sup>1</sup> См.: Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 213-214.

<sup>2</sup> Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М., 2005. С. 63.

объективных процессов глобализации и интеграции все более четко проявляется тенденция усиления роли и значения юридической доктрины.

Без претензии на оригинальность и новаторство, хотелось бы отметить, что последний вывод получает в настоящее время широкое распространение среди ученых и практиков. Так, Е.О. Мадаев справедливо отмечает, что доктринальные правовые позиции находят воплощение в законодательстве и решениях высших судебных инстанций, превращаясь в правотворческие правовые позиции и судебные правовые позиции как основные каналы приобретения доктриной регулятивных свойств, которые будут приобретать все большее значение в правовой системе Российской Федерации<sup>1</sup>.

Итак, одним из основных и традиционных направлений является участие доктрины в правотворческой практике.

«Правовая система современной России – яркий пример роли юридической доктрины как источника права. Это обусловлено, прежде всего, резкой сменой общественно-экономической формации и политического строя нашей страны»<sup>2</sup>.

В переходные периоды, в условиях правового вакуума, на первый план выходят общераспространенные, в том числе, выработанные юридической наукой правовые принципы, происходит их активное закрепление в законодательстве.

«Именно поэтому, – пишет Р.В. Пузиков, – в нашей стране все актуальные и необходимые на современном этапе правовые акты первоначально возникают в научных статьях и работах видных ученых – правоведов и юристов-практиков»<sup>3</sup>. Данные выводы Р.В. Пузиков демонстрирует на примере разработки, в частности, институтов ювенальной и административной юстиции, инициатива создания которых изначально исходила из доктринальных исследований и публикаций правоведов и лишь

---

<sup>1</sup> См.: Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 205

<sup>2</sup> Пузиков Р.В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования (проблемы теории и практики): Дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2003. С. 102.

<sup>3</sup> Там же. С. 103.



спустя десятилетия стала обретать осязаемую форму в нормативно-правовых актах<sup>1</sup>.

Важна роль правовой доктрины для внесения изменений в существующие нормативные правовые акты, устранения ошибок и пробелов правового регулирования. «Постоянные и многочисленные качественные доработки действующего законодательства свидетельствуют не всегда и не только о динамичности российского социума, но, увы, и о недостаточном социально-правовом и юридико-техническом качестве принимаемых законов. Это, в свою очередь, говорит о наличии значительных резервов для углубления взаимодействия теории и практики законотворчества, о необходимости более внимательного отношения органов и организаций, готовящих законопроекты, депутатов Государственной Думы и технических работников, обеспечивающих их деятельность, к юридической доктрине»<sup>2</sup>.

Особенно актуальна роль юридической доктрины в формировании новых институтов и отраслей законодательства, например, в области компьютерных технологий. В этом плане доктрина способна оценить соответствие нормативного правового акта существующим реалиям и закономерностями, рассмотреть динамику общественных отношений и выявить необходимость законодательного регулирования.

Правовая доктрина оказывает содействие в установлении соответствия внутригосударственного законодательства и общепризнанных принципов и норм международного права.

Конституция РФ провозгласила, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы.

Статья 38 Статута Международного суда ООН определяет систему источников международного права, применяемых судом. Суд применяет, в

---

<sup>1</sup> См.: Пузиков Р.В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования (проблемы теории и практики). С. 103.

<sup>2</sup> Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации... С. 190.

том числе, *доктрины* наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

Кроме того, действующее российское законодательство не отрицает возможность признания правовой доктрины в качестве источника права.

Согласно части 1 статьи 1191 Гражданского кодекса РФ «при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и *доктриной* в соответствующем иностранном государстве».

Аналогичные положения содержит статья 166 Семейного кодекса РФ: «При применении норм иностранного семейного права суд или органы записи актов гражданского состояния и иные органы устанавливают содержание этих норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и *доктриной* в соответствующем иностранном государстве».

Данная формулировка воспроизводится и статьей 14 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

Таким образом, законодательство Российской Федерации официально признает правовую доктрину в качестве формы международного публичного и международного частного права.

Необходимо отметить, что в сфере законотворчества российская правовая система, в силу ее особенностей и традиций, выглядит более фундаментальной, чем правовая система США. Это связано с большой ролью законодательства и его кодификацией, а соответственно и абстрактных правовых норм, создание и структурирование которых требует доктринального осмысления. В этом плане российская правовая система более доктринальна, чем правовая система США. И теория законодательства, включающая знания методологических и процедурных вопросов подготовки законопроектов, и основы законодательной техники, и систематизация права,

и правовая экспертиза имеют более широкую основу и детальную проработку в нашей стране по сравнению с США.

Вместе с тем, отдельные позитивные моменты использования правовой доктрины в законотворческой деятельности в США вполне могли бы быть восприняты правовым сообществом России.

В частности, речь идет об опыте использования правовой доктрины в законотворчестве на уровне штатов в США. К сожалению, в нашей правовой системе в отличие от правовой системы США отсутствует должное научное обеспечение всех процессов формирования законодательства в субъектах РФ<sup>1</sup>. В результате чего, зачастую, происходит простое дублирование федеральных правовых норм и нормативных актов, а не глубокий анализ и выработка качественных региональных актов. В этом плане положительное влияние может иметь восприятие механизма доктринальной систематизации законодательства субъектов. В США данный элемент приобрел форму модельного законодательства, разрабатываемого и рекомендуемого не федеральными структурами государственной власти, а крупными исследовательскими центрами и авторитетными группами исследователей.

Подобная работа позволит повысить качество регионального законодательства, избежать большого количества ошибок и нарушений, допускаемых регионами при принятии нормативных актов, придаст дополнительную обоснованность и системное единство региональному нормотворчеству.

Другое направление развития правовой доктрины связано с судебным правоприменением и формированием судебской позиции и научно-правового мышления российских судей в целом<sup>2</sup>. В данном аспекте правовая система США вполне может послужить источником интересных форм

---

<sup>1</sup> См., например: Фомин А.А. Юридическая безопасность в сфере законотворчества субъектов Российской Федерации // Вестник Саратовской государственной академии права. 2006. № 1. С. 65-71.

<sup>2</sup> См. подробнее: Аверин А.В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей. Саратов, 2003.

взаимодействия доктрины и судебной практики. А. Бычков на основе анализа российской судебной практики выделил следующие цели использования правовой доктрины: 1) установление содержания правовых норм; 2) восполнение пробелов в правовом регулировании; 3) толкование правовых норм<sup>1</sup>.

Важно отметить, что различные системы российских судов относятся по-разному к использованию доктринальных источников при вынесении судебных решений.

«Все определения, сформулированные исключительно в научных работах, имеют один общий недостаток – они уязвимы в процессе судебных разбирательств. Доктрина, наука не являются однозначными источниками права. Истории известны случаи иного положения дел (например, в римском праве), но сегодня научное произведение не является основанием для вынесения судебного решения. Это, однако, не исключает того, что в отдельных правоприменительных актах прямо цитируются конкретные работы. Так, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации применяет в качестве основания для решений учебники. Верховный Суд Российской Федерации придерживается противоположного мнения. Конституционный Суд Российской Федерации относит некоторые учебники к доктрине и на основании их положений выносит решения»<sup>2</sup>.

Верховный суд РФ придерживается консервативной позиции в данном вопросе.

Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации, давая оценку использованию доктринальных источников в решении Брянского областного суда, приходит к выводу: «Неправомерной является и ссылка суда в решении на учебник теории

---

<sup>1</sup> См.: Бычков А. Правовая доктрина в судебной практике // ЭЖ-Юрист. 2013. № 39. С. 1, 8.

<sup>2</sup> Бошно С. Нормативный правовой акт: развитие признаков в правоприменительной практике // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 4. С. 4-5

государства и права под редакцией доктора юридических наук С.С. Алексеева и на комментарий к статье 116 ГПК РСФСР (под редакцией Д.А. Сергеева и А.П. Рыжакова), поскольку учебники и комментарии к законодательству не являются источниками права и в силу ст. 10 ГПК РСФСР не могут применяться судом непосредственно в качестве обоснования судебного решения»<sup>1</sup>.

И далее в том же ключе: «В решении суда указано на то, что по общей теории государства и права нормы права толкуются всеми субъектами, их реализующими, при этом выделяются официальное и неофициальное толкование. Официальное толкование производится компетентными государственными органами, и его результаты обязательны для всех субъектов права. В свою очередь, оно подразделяется на аутентичное и легальное толкование.

Аутентичное толкование выполняет орган, издавший нормативный правовой акт, какого-либо специального разрешения ему для толкования собственных правовых актов не требуется, он делает это в силу своей компетенции...

В статьях 38 и 39 Закона Брянской области речь идет об аутентичном толковании закона, т.е. о толковании законов и иных нормативных правовых актов Брянской области нормотворческим органом области, которым согласно ст. 33 Устава Брянской области является Брянская областная Дума.

Эти рассуждения суда правового значения не имеют, поскольку не основаны на нормах конкретных федеральных законов, которыми суд должен руководствоваться при рассмотрении дел»<sup>2</sup>.

Однако, суды общей юрисдикции иногда считают необходимым сослаться на правовую доктрину, особенно в тех случаях, когда отсутствует

---

<sup>1</sup> Определение Верховного Суда РФ от 29.05.2001г. № 83-Г01-08 // Справочно-правовая система «Гарант» [Электронный ресурс]. Режим доступа: [www.garant.ru](http://www.garant.ru).

<sup>2</sup> Там же.

нормативно-правовое регулирование отдельных аспектов рассматриваемых обстоятельств.

Так, Президиум Рязанского областного суда, рассматривая дело о взыскании алиментов, обратился к исследованию вопроса о наличии права на получение алиментов у супруги в случае, если нетрудоспособность наступила спустя год после расторжения брака. Суд делает следующий вывод: «Семейный кодекс РФ не раскрывает понятия нетрудоспособности. Применительно к алиментным обязательствам *семейно-правовая доктрина* и судебная практика исходят из того, что нетрудоспособные – это лица, достигшие пенсионного возраста: женщины, достигшие 55, и мужчины – 60 лет (независимо от назначения им пенсии в соответствующих случаях в более раннем возрасте), а также инвалиды»<sup>1</sup>. Подтверждая это заключение, Президиум Рязанского областного суда ссылается на нормы федерального законодательства и делает вывод, что инвалиды подпадают под понятие нетрудоспособности.

Арбитражные суды также нередко прибегают к положениям правовой доктрины в целях решения правоприменительных задач.

Например, Федеральный арбитражный суд Московского округа, рассматривая кассационную жалобу на определение Арбитражного суда города Москвы об отмене решения третейского суда, отменил указанное определение. Среди недостатков судебного акта выявлено положение о том, что третейским судом был нарушен принцип законности, указанный в статье 6 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Суд кассационной инстанции указал: «Кроме того, судом не учтено, что *в правовой доктрине* под законностью понимается совокупность многообразных, но одноплановых требований, связанных с отношением к законам и проведению их в жизнь: точно и неуклонно соблюдать законы

---

<sup>1</sup> Постановление Президиума Рязанского областного суда от 18.01.2011г. № 44-г-13/10 // Справочно-правовая система «Гарант» [Электронный ресурс]. Режим доступа: [www.garant.ru](http://www.garant.ru).

всеми, кому они адресованы; соблюдать иерархию законов и иных нормативных актов. Принципы законности предполагают, что никто не может отменить закон, кроме органа, который его издал (непререкаемость закона). В широком смысле законность – принцип деятельности государственных органов, политико-правовой режим общественной жизни»<sup>1</sup>.

Исходя из этого, кассационный суд усомнился в правильности вывода о том, что решение третейского суда по спору между двумя частными компаниями может быть расценено как нарушение основополагающих принципов российского права, в частности, законности.

Еще один пример. Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа оставил без удовлетворения кассационную жалобу Вологодской таможни на решение Арбитражного суда Вологодской области, которым постановление таможни признано незаконным и изменено в части назначения обществу административного наказания. Кассационный суд дал оценку решению нижестоящего суда, которым в качестве смягчающих обстоятельств признаны неблагоприятные погодные условия и уменьшен размер штрафа до минимального, предусмотренного санкцией статьи.

Анализируя позицию, изложенную в постановлении Конституционного суда Российской Федерации от 15.07.1999г. № 11-П<sup>2</sup>, о том, что санкции штрафного характера должны отвечать требованиям справедливости и соразмерности, причем по отношению как к физическим, так и к юридическим лицам, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа указал: «Принцип целесообразности юридической ответственности предполагает обязательный для правоприменителя индивидуальный подход к правонарушителю, исходя из особенностей его личности в интересах максимально точного достижения целей, предусмотренных законом правовых санкций. При этом *российская правовая доктрина* не отрицает

---

<sup>1</sup> Постановление ФАС МО от 07.06.2007г., от 09.07.2007г. № КГ-А40/5032-07 по делу № А40-32138/06-40-219, А40-32509/06-40-221 // Электронное правосудие / Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. Режим доступа: kad.arbitr.ru.

<sup>2</sup> См.: СЗ РФ. 1999. № 30. Ст. 3988.

необходимость реализации принципа целесообразности и в случаях привлечения к ответственности юридических лиц»<sup>1</sup>.

Однако, наиболее активное использование правовой доктрины в тех или иных качествах осуществляет Конституционный суд РФ. Это связано, прежде всего, с особой важностью решений, их влиянием на правовую систему, а соответственно необходимостью глубокой проработки и детального исследования рассматриваемого дела и того влияния, которое окажет тот или иной способ его разрешения на право государства.

В одном из своих последних решений Конституционный суд РФ, оценивая конституционность отдельных законоположений Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» и Налогового кодекса РФ, обратился к вопросу неопределенности понятия нормативного акта.

«Конституция Российской Федерации, закрепляя обязательный характер правовых норм, содержащихся в законах и основанных на них правовых актах органов исполнительной власти, не определяет понятия правовой нормы и нормативного правового акта. В сложившейся *правовой доктрине* и сформированной на ее основе юридической практике, в том числе отраженной в отдельных правовых актах (в частности, в постановлении Государственной Думы от 11 ноября 1996 года № 781-II ГД «Об обращении в Конституционный Суд Российской Федерации» и Разъяснениях о применении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утвержденных приказом Министерства юстиции Российской Федерации от 4 мая 2007 года № 88), под нормативным правовым актом понимается письменный официальный документ, принятый (изданный) в определенной форме правотворческим органом в пределах его компетенции

---

<sup>1</sup> Постановление ФАС СЗО от 27.07.2006г. по делу № А13-2833/2006-08 // Электронное правосудие / Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. Режим доступа: kad.arbitr.ru.



и направленный на установление, изменение или отмену правовых норм, а под правовой нормой – общеобязательное государственное предписание постоянного или временного характера, рассчитанное на многократное применение.

*С доктринальным пониманием* нормативного правового акта в целом согласуются как выраженная на основе статей 15 (части 1 и 3), 90, 105-108 и 125 (часть 2) Конституции Российской Федерации правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации, в силу которой нормативный правовой акт – это акт общего действия, адресованный неопределенному кругу лиц, рассчитанный на многократное применение, который содержит конкретизирующие нормативные предписания, общие правила и является официальным государственным предписанием, обязательным для исполнения (Постановление от 17 ноября 1997 года № 17-П), так и выводы иных высших судебных органов»<sup>1</sup>.

На основе проведенного исследования теоретической литературы, действующего российского законодательства и судебной практики, можно сделать вывод о том, что правовая доктрина формальным источником права в нашей правовой системе не является. Ключевым источником права в российской правовой системе выступает нормативный правовой акт. Однако ссылки на правовую доктрину в решениях судов встречаются. Толкование правовых норм судами на основе доктринальных источников в условиях неясности и неопределенности содержания подлежащих применению нормативно-правовых актов в целях вынесения справедливого, законного и обоснованного решения осуществляется методами исторического, лингвистического, текстуального, социологического анализа. Решаемые отечественными судами задачи при этом сравнительно менее значительны, а использование правовой доктрины менее вариативно, чем в правовой системе США.

---

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 31.03.2015г. № 6-П // Российская газета. № 77. 2015. 13 апреля.

Вместе с тем, восприятие нашей правовой системой отдельных способов использования доктринальных источников при отправлении правосудия в странах общего права (например, в США) вполне могло бы положительно отразиться на обоснованности и авторитетности судебных решений и упорядочении правоприменительной практики.

Одним из элементов правосудия, который активно используется в практике международных судов и судов стран общего права является институт «Друзей суда» – *amicus curiae*. В частности, и Верховному суду США хорошо знаком данный институт. Он активно применяется для разрешения наиболее общественно значимых дел.

В Российской Федерации судебным органам этот институт не знаком, по крайней мере, в том виде, как он представлен в наднациональных судах и Верховном суде США. Лишь Конституционный Суд Российской Федерации в своей практике иногда использует заключения отдельных авторитетных лиц. Однако, ни Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», ни Регламент Конституционного Суда Российской Федерации о данном институте не упоминает. Судья-докладчик делает необходимые запросы о предоставлении заключений, в основном, в государственных органах, образовательных и научно-исследовательских учреждениях. Заключения, поступающие без подобного запроса, фактически не имеют процессуального статуса, и судья самостоятельно решает приобщать их к материалам дела или нет.

Так, при рассмотрении дела о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»<sup>1</sup> Конституционным Судом Российской Федерации в качестве *amicus curiae* направлялось заключение Автономной некоммерческой организации «Институт права и публичной политики» (занимающегося сравнительно-правовыми и международно-

---

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17.02.2015г. № 2-П // Российская газета. № 42. 2015. 2 марта.

правовыми исследований), в котором рассматривалось соответствие данных положений международно-правовым стандартам<sup>1</sup>. Придание статуса «друга суда» (Конституционного Суда Российской Федерации) Институту права и публичной политики обусловлено тем, что в юридическом сообществе этот институт получил признание авторитетной организации, вносящей весомый вклад в постепенную трансформацию российского правосудия, являющейся важным элементом общественного механизма повышения демократизации правосудия.

Вопрос привлечения института «друзей суда» к отечественной судебной практике в последнее время активно обсуждается и высказываются различные точки зрения по поводу его реализации.

Думается, что на нынешнем этапе развития российской правовой системы целесообразным выглядит его использование высшими судами – Конституционным Судом РФ и Верховным Судом РФ, решения которых имеют наибольшую общественно-политическую значимость. Вместе с тем, его распространение на все судебные инстанции может повлечь дополнительную волокиту в судебном делопроизводстве и создать дополнительные условия для лоббирования интересов тех или иных групп.

Еще одним перспективным направлением усиления роли и значения юридической доктрины в правовой системе нашей страны, способным вызвать положительный эффект, является использование такого опыта США как «формулирование судебных доктрин».

«Судебные доктрины выступают концептуализирующим началом для правовой политики в целом и правовой политики судебных органов в

---

<sup>1</sup> Заключение о соответствии положений пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» международно-правовым стандартам надзорной деятельности прокуратуры // Портал по конституционному и международному правосудию Института права и публичной политики [Электронный ресурс]. Режим доступа: [http://www.ilpp.ru/№etcat\\_files/userfiles/№КО\\_proverki\\_Amicus%20Curiae%20Brief.pdf](http://www.ilpp.ru/№etcat_files/userfiles/№КО_proverki_Amicus%20Curiae%20Brief.pdf).

частности, наполняя ее содержанием и придавая ей черты непротиворечивости и упорядоченности»<sup>1</sup>.

Учитывая то, что в российской правовой системе отмечается усиление роли судебного правоприменения, значения выносимых судебных решений и в особенности разъяснений высших судов<sup>2</sup>, то формулирование судебных доктрин – это то новое качество, которое вполне бы могла заимствовать отечественная правовая система из практики стран общего права, в частности, США.

При этом приемы и методы доктринального обобщения судебной практики также могут совершенствоваться с учетом опыта правовой системы США. Особое значение и интерес в этом вопросе приобретает создание сводов судебных прецедентов с комментариями исследователей и ссылками на другие источники права. Подобная работа может оказать положительный эффект на формирование единообразного применения правовых норм.

Активное использование правовой доктрины при вынесении судебных решений важно и с той позиции, что судебная практика – это не судейское усмотрение, а форма реализации юридической доктрины<sup>3</sup>. Иными словами, судья в случае отсутствия официальной правовой нормы должен выносить решение не только на основе собственного усмотрения, но и должен быть ограничен осязаемыми доктринальными рамками, следовать определенным направлениям развития и функционирования права.

Из приведенных выше примеров конкретных судебных дел не сложно заметить, что судебные органы, ссылаясь на доктрину, говорят о некоем собирательном образе, не конкретизируя, в каких источниках она представлена, не сопоставляют различные точки зрения. Данный факт не

---

<sup>1</sup> Любитенко Д. Ю. Правовая доктрина Конституционного Суда Российской Федерации: общетеоретический аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011. С. 91.

<sup>2</sup> См., например: Терехин В.А. Суд в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод человека: теория и практика. М., 2013. Гл. XII. Некоторые итоги двадцатилетнего реформирования суда в современной России. С. 329-336.

<sup>3</sup> См.: Пузиков Р.В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования (проблемы теории и практики). С. 140.

способствует обеспечению максимальной мотивированности судебного акта. Собирательный образ не может пролить свет на то, каким образом судья пришел к воспроизводимым в решении выводам, опираясь на правовую доктрину.

Таким образом, применение различных способов использования правовой доктрины позволит повысить прозрачность и обоснованность судебных решений, а соответственно, добавит авторитетности судебской позиции, обеспечит учет мнения юридической общественности.

При этом речь не идет о подмене официальных источников права. И вынесения решений на основании мнения того или иного автора научной работы. Доктрина – важный и полезный вспомогательный ресурс, который может оперативно восполнять пробелы в правовом регулировании и решать вопросы единообразного применения правовых норм. На наш взгляд, было бы просто неразумно не использовать такой эффективный и доступный инструмент.

## Заключение

В ходе исследования категории правовая доктрина и соотношения ее со смежными явлениями выявлены основные признаки правовой доктрины. Рассмотрена специфика данного правового явления в контексте общепринятой теории источников права, в частности, двойственность данного правового явления и опосредованный через другие формы права характер. Сама доктрина рассмотрена как с содержательной, так и с формальной точки зрения, в результате чего для целей настоящего исследования дано понятие правовой доктрины как системы теоретических и научно обоснованных взглядов, имеющих прикладное значение и санкционированных законодателем или судом. Именно на прикладном значении и сделан акцент в данном исследовании, т.е. на способности доктрины быть использованной в конкретной правоприменительной и правотворческой деятельности. Для этих целей нет необходимости проводить четкое разграничение с понятием «правовая наука», которые в настоящей работе воспринимаются как сходные, отличные лишь включенностью в правоприменительную или законотворческую деятельность.

При характеристике правовой доктрины как явления неизбежно возникает определенная проблема, связанная с тем, что в современном праве правовая доктрина стремится слиться с другими источниками права, раствориться в них, будь то правотворческая деятельность по созданию законодательного акта или судебный прецедент, санкционирующий определенный подход к разрешению спора. Поэтому правовая доктрина должна рассматриваться сквозь призму тех форм права, с которыми она взаимодействует и в которых непосредственно реализуется. В этом заключается одно из важнейших свойств правовой доктрины как источника права, определяющее методы ее изучения – ее опосредованность другими формами права.

Из всей совокупности признаков правовой доктрины ключевым являются авторитетность, которая напрямую связана с обоснованностью, научностью самой доктрины, ее признанием профессиональным юридическим сообществом, а также и репутацией ее автора. Наличие убеждающей силы в этом смысле противопоставлено принуждению, поддерживающему регулятивные свойства других источников права. Именно авторитетность правовой доктрины обуславливает возможность надления ее формальной обязательностью через признание официальными органами власти.

Правовая доктрина становится источником права только после признания ее законодателем или судьями, то есть после придания ей юридической силы, которой она сама по себе не располагает.

Место правовой доктрины и ее характер предопределены особенностями правовой системы США, процессом ее становления и развития. Две противоположенные традиции – традиция общего права и традиция континентального права – конкурируя, сформировали и своеобразное отношение к правовой доктрине, ее характер, место и значение в правовой системе США.

Еще одна сложность в определении понятия правовой доктрины в США заключается в том, что в праве США существует схожее понятие. Иными словами, правовую доктрину следует отличать от доктрины судебной. Судебные доктрины – исключительно явление системы общего права, поскольку в романо-германской системе права судебные органы в большой степени лишены возможности устанавливая переходящие из решения в решение правила в связи с менее значительной ролью прецедента как источника права. Судебная доктрина по своей сути явление судебное, обязанное прецеденту и судебной практике своим существованием.

Правовая доктрина занимает в правовой системе США значительное место, включая в себя как университетскую науку, так и трактаты и

фундаментальные труды правоведов, правовую периодику, многочисленные обзоры и ряд других вспомогательных ресурсов.

Правовая доктрина вместе с тем по своему характеру существенно отличается от характера доктрины в континентальном праве. Доктрина в общем праве в меньшей степени тяготеет к объемным глубоко теоретизированным трактатам системного характера. В связи с подчинением всех элементов правовой системы главной задаче: разрешению конкретных жизненных ситуаций, правовая доктрина изначально представляет собой руководство для судей и практиков, обзоры существующих источников права и комментарии по их применению. Правовая доктрина не выступает системным и четко структурированным явлением, поскольку никогда не была связана с построением системы права и обоснованием ее конструкций. Именно поэтому правовая доктрина в США явление несколько хаотичное, которому присуща определенная бессистемность. Эти особенности характера правовой доктрины и ее целей были спроецированы и на те формы, в которых она сосредоточена, способы ее применения, их вариативность.

При этом в праве США правовая доктрина квалифицируется в качестве вспомогательного (второстепенного) источника права, призванного содействовать прецеденту и закону в случае наличия пробелов и коллизий, либо возникновения вопросов, требующих дополнительной аргументации и свидетельствования авторитетных исследователей.

Проведенный анализ роли доктрины в законодательстве США позволяет сделать вывод о том, что недооценка роли доктрины в законотворческом процессе в системе общего права, связана, прежде всего, с менее значительной ролью закона и большим значением судебного правотворчества. Однако с расширением законодательного регулирования происходит трансформация как в характере самой правовой доктрины, так и занимаемом ей месте в системе источников права США. Правовая доктрина оказывает непосредственное воздействие на законодателей, позволяя формулировать абстрактные и обобщенные положения статутов. Особое



значение правовая доктрина приобретает в процессе систематизации законодательства США, разработке модельных кодексов. Проявляется это влияние, прежде всего, при необходимости толкования законодательных положений в случаях установления намерений разработчиков, особенно в случае толкования Конституции США.

По-прежнему огромна роль судебного правотворчества в праве США. Именно поэтому наибольшая наглядность действия правовой доктрины проявляется именно в решениях Верховного суда США. Анализ решений Верховного суда показывает, что судьи неустанно обращаются к правовой доктрине, используют ее совершенно различными способами для реализации задач правосудия: для восполнения имеющихся в существующем праве пробелов, для толкования положений Конституции и законодательных актов, как способ юридической техники, исторического и лингвистического анализа правовых конструкций и юридических терминов, средство выявления общественного мнения и мнения профессионалов по конкретному вопросу.

Основное значение правовая доктрина проявляется при толковании Конституции США. Авторитет отдельных работ при этом доходит до степени признания их источником права, продолжением и дополнением конституционных установлений.

Большую роль доктрина играет при толковании прецедентной практики, а также выступает в качестве ядра судебных доктрин, развиваемых в судебных решениях.

Не менее важно значение доктрины для отражения представлений о праве, которые существуют в обществе и, прежде всего, в научной среде. Суды при этом испытывают необходимость в легитимизации своих решений, придания им авторитетности, обоснованности и профессионального уважения, что осуществляется, в том числе, при помощи правовой доктрины.

Менее значительным, но наиболее распространенным является использование доктрины для установления так называемых законодательных

фактов – социальных, экономических, политических и других факторов, определяющих существование права.

Изменения, происходящие в правовой системе США, в то же время проецируются и на правовую доктрину, как на характер ее использования, так и на внутреннюю структуру и качество. Применение ее все больше сводится к задачам толкования законодательных положений (в частности, Конституции), а характер становится все более теоретизированным и абстрагированным.

Основные процессы в правовой системе США указывают на: изменение классической для общего права функции правовой доктрины; активное использование правовой доктрины в целях толкования конституционных положений; снижение конструирующей роли правовой доктрины, с одновременным увеличением количества ссылок на доктринальные источники и расширение вариантов их использования; активное использование доктрины при пересмотре прецедентной практики; расширение использования доктринальных источников за счет современных электронных и интернет ресурсов.

Анализ положения доктрины в правовой системе США позволяет определить перспективные направления участия правовой доктрины в правотворческом процессе Российской Федерации. Среди них: внесение изменений в существующие нормативные правовые акты, устранение ошибок и пробелов правового регулирования; формирование новых институтов и отраслей законодательства; установление соответствия законодательства и общепризнанных принципов международного права; научное обеспечение и доктринальная систематизация законодательства субъектов РФ. В области судебного правоприменения опыт США может иметь положительный эффект по следующим направлениям: активное участие «друзей суда», вариативные ссылки на авторитетные мнения правоведов, формулирование судебных доктрин, доктринальное обобщение судебной практики.

При этом использование правовой доктрины при аргументации решений российских судов способно повысить прозрачность и обоснованность судебных решений, добавить авторитетности судебской позиции и обеспечить учет общественного и научного мнения, усилить единообразность применения правовых норм при осуществлении правосудия.

Указанные направления могут послужить источником внедрения положительного опыта США в правовую систему России, а также представляют существенный интерес с точки зрения дальнейшего научного исследования.

## Список литературы

### Нормативные правовые акты и судебная практика

#### Российской Федерации

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993г.) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008г. № 7-ФКЗ, от 05.02.2014г. № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ (далее – СЗ РФ). 2014. № 31. Ст. 4398.
2. Федеральный конституционный закон 05.02.2014г. N 3-ФКЗ (в ред. от 04.11.2014г.) «О Верховном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 550.
3. Федеральный конституционный закон от 21.07.1994г. № 1-ФКЗ (в ред. от 08.06.2015г.) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Российская газета. № 138-139. 1994. 23 июля.
4. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (в ред. от 29.06.2015г.) // Российская газета. № 137. 2002. 27 июля.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001г. № 146-ФЗ (в ред. от 05.05.2014г.) // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.
6. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002г. № 138-ФЗ (в ред. от 06.04.2015г.) // Российская газета. № 220. 2002. 20 ноября.
7. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998г. № 146-ФЗ (в ред. от 08.06.2015г.) // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.
8. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995г. № 223-ФЗ (в ред. от 13.07.2015г.) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

9. Федеральный закон от 24.07.2002г. N 102-ФЗ (в ред. от 21.11.2011г.) «О третейских судах в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3019.

10. Закон РФ от 07.07.1993г. N 5338-1 (в ред. от 03.12.2008г.) «О международном коммерческом арбитраже» (вместе с «Положением о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации», «Положением о Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации») // Российская газета. N 156. 1993. 14 августа.

11. Федеральный закон от 17.01.1992г. № 2202-1 (в ред. от 13.07.2015г.) «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472.

12. Военная доктрина Российской Федерации (утв. Президентом РФ 25.12.2014г. № Пр-2976) // Российская газета. № 298. 2014. 30 декабря.

13. Указ Президента РФ от 30.01.2010г. № 120 «Об утверждении Доктрины продовольственной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 5. Ст. 502.

14. Морская доктрина Российской Федерации на период до 2020 года (утв. Президентом РФ 27.07.2001г.) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]. Режим доступа: [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru).

15. Доктрина информационной безопасности Российской Федерации (утв. Президентом РФ 09.09.2000г. № Пр-1895) // Российская газета. № 187. 2000. 28 сентября.

16. Указ Президента РФ от 13.06.1996г. № 884 (в ред. от 23.02.2006г.) «О доктрине развития российской науки» // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 3005.

17. Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 11.11.1996г. № 781-II «Об обращении в Конституционный Суд Российской Федерации» // СЗ РФ. 1996. № 49. Ст. 5506.

18. Приказ Минюста РФ от 04.05.2007г. № 88 (в ред. от 26.05.2009г.) «Об утверждении Разъяснений о применении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 14.05.2007г. № 9449) // Российская газета. № 108. 2007. 24 мая.
19. Регламент Конституционного Суда РФ (в ред. от 02.07.2015г.) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]. Режим доступа: [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru).
20. Постановление Конституционного Суда РФ от 31.03.2015г. № 6-П // Российская газета. № 77. 2015. 13 апреля.
21. Постановление Конституционного Суда РФ от 17.02.2015г. № 2-П // Российская газета. № 42. 2015. 2 марта.
22. Постановление Конституционного Суда РФ от 15.07.1999г. № 11-П // СЗ РФ. 1999. № 30. Ст. 3988.
23. Постановление Конституционного Суда РФ от 17.11.1997г. № 17-П // СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5492.
24. Определение Верховного Суда РФ от 29.05.2001г. № 83-Г01-08 // // Справочно-правовая система «Гарант» [Электронный ресурс]. Режим доступа: [www.garant.ru](http://www.garant.ru).
25. Постановление Президиума Рязанского областного суда от 18.01.2011г. № 44-г-13/10 // Справочно-правовая система «Гарант» [Электронный ресурс]. Режим доступа: [www.garant.ru](http://www.garant.ru).
26. Постановление ФАС СЗО от 27.07.2006г. по делу № А13-2833/2006-08 // Электронное правосудие / Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. Режим доступа: [kad.arbitr.ru](http://kad.arbitr.ru).
27. Постановление ФАС МО от 07.06.2007г., от 09.07.2007г. № КГ-А40/5032-07 по делу № А40-32138/06-40-219, А40-32509/06-40-221 // Электронное правосудие / Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. Режим доступа: [kad.arbitr.ru](http://kad.arbitr.ru).

28. Решение арбитражного суда города Москвы от 18.05.2010г. по делу №А40-9344/10-109-75 // Электронное правосудие / Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. Режим доступа: kad.arbitr.ru.

29. Решение арбитражного суда города Москвы от 04.05. 2011г. по делу №А40-4781/11 109-26 // Электронное правосудие / Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. Режим доступа: kad.arbitr.ru.

30. Решение арбитражного суда города Москвы от 23.11.2012г. по делу № А40-70099/12 109-232 // Электронное правосудие / Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. Режим доступа: kad.arbitr.ru.

31. Решение арбитражного суда города Москвы от 30.05.2013г. по делу № А40-41781/13-69-197 // Электронное правосудие / Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. Режим доступа: kad.arbitr.ru.

### **Международно-правовые акты**

32. Статут Международного суда ООН (принят в качестве неотъемлемой части Устава Организации Объединенных Наций в г. Сан-Франциско 26.06.1945г.) // Официальный сайт Международного суда ООН [Электронный ресурс] Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/homepage/ru>.

33. Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989г.) // Сборник международных договоров СССР. 1993. Вып. XLVI.

### **Нормативные правовые акты и судебная практика США**

34. Constitution for the United States of America, 1787. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>.

35. United States Bill of Rights. [Электронный ресурс]. Режим доступа: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill\\_of\\_rights.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html).

36. United States Declaration of Independence, 1776. [Электронный ресурс]. Режим доступа:  
<http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration.html>.
37. Code of Laws of the United States of America. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://uscode.house.gov>.
38. Copyright Act 1976, 17 USCS Sects. 101 – 810. [Электронный ресурс]. Режим доступа:  
<https://www.law.cornell.edu/copyright/copyright.table.html>.
39. Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), Philadelphia. PA. The American Law Institute, 1980.
40. Virginia Sterilization Act of 3/20/1924. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.dnalc.org/view/11213-Virginia-Sterilization-Act-of-3-20-1924.html>
41. Oklahoma's Habitual Criminal Sterilization Act, 1935 Okla. St. Ann. Tit. 57, 171 et seq.; L. 1935, p. 94 et seq.
42. Georgia sodomy statute, Georgia Code Ann. 16-6-2 (1984). [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://law.onecle.com/georgia/16/16-6-2.html>.
43. Firearms Control Regulations Act of 1975, D.C. Law 1-85; D.C. Official Code § 7-2501.01 et seq.
44. Alden v. Maine, 527 U.S. 706 (1999).
45. Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002).
46. Baze v. Rees, 553 U.S. 35 (2008).
47. Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).
48. Brown v. Board of Education of Topeka et al. 347 U.S. 483 (1954).
49. Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927).
50. Christian Legal Society Chapter of University of California, Hasting College of Law v. Martinez. 561 U. S. (2010).
51. District of Columbia, et al., v. Dick Anthony Heller. 554 U.S. (2008).



52. Edwards v. Aguillard, 482 U.S. 578 (1987).
53. Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947).
54. Free Enterprise Found v. Public Company Accounting Oversight Board, 562 U.S. 17, 20 (2010).
55. Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc., 568 U. S. (2013).
56. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, (2003).
57. Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971).
58. Lozman v. City of Rivera Beach, Florida, 568 U. S. 5 (2013).
59. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
60. McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 3025, 130 S.Ct. 3020, 177 L.Ed.2nd 894 (2010).
61. McLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637 (1950).
62. Reynolds v. United States, 98 U.S.145 (1878).
63. Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).
64. Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).
65. Skilling v. United States 561 U.S. (2010).
66. Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).
67. Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).
68. Stump v. Sparkman, 435 U.S. 349 (1978).
69. Naim v. Naim, 197 Va 80; 87 S.E.2d 749 (1955).
70. US v. Fish, 12-1791P.01A, 2014/02/26.
71. Federative Republic of Brazil v. Fu, 12-4601-cv, 03-24-2014.

### **Научная литература**

72. Аболонин Г.О. О правовых системах США и России // Вестник гражданского процесса. 2013. № 6. С. 157-179.
73. Аболонин Г.О. Гражданское процессуальное право США: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010. 432 с.

74. Аболонин Г.О. О судебной системе США // Вестник гражданского процесса. 2014. № 1. С. 153-175.
75. Аверин А.В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2003. 308 с.
76. Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании: Англия, Уэльс, Шотландия. М.: Триада Лтд, 1996. 157 с.
77. Артемьев М. Мартин против Хантер'з Лесси // ЭЖ-Юрист. 2011. № 11. С. 4.
78. Бабай А. Н. Становление и развитие отечественной концепции источников права // История государства и права. 2010. № 14. С. 44-48.
79. Байниязов Р.С. Правосознание и правовой менталитет в России: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Саратов, 2006. 53 с.
80. Байтин М.И. О юридической природе решений Конституционного Суда Российской Федерации // Государство и право. 2006. № 1. С. 5-11.
81. Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание награнице двух веков). М.: Право и государство, 2005. 544 с.
82. Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. 1999. № 1. С. 98-107.
83. Барак А. Судейское усмотрение. М.: Издательство Норма, 1999. 376 с.
84. Баренбойм, П. Д. Концепция Зорькина-Танчева о соотношении современных доктрин верховенства права и правового государства // Законодательство и экономика. 2011. № 10. С. 17-25.
85. Батурина С. В. Правовая доктрина как элемент российской правовой системы // Юристъ-Правоведъ. 2008. № 4. С. 31-35.
86. Батурина С.В. Традиции российской правовой доктрины: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. 185 с.
87. Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М.: NotaBene, 2000. 576 с.

88. Берлявский Л.Г. Оригиналистская доктрина в конституционном праве США // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 10. С. 68-71.
89. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Инфра-М – Норма, 1998. 624 с.
90. Боботов С.В., Жигачев И.Ю. Введение в правовую систему США. М.: Норма, 1997. 333 с.
91. Богдановская И.Ю. Категория «правовая норма» в правовой доктрине стран «общего права» // Журнал российского права. 2006. № 11. С. 65-73.
92. Богдановская И.Ю. Закон в английском праве. М.: Наука, 1987. 141 с.
93. Бошно С. Нормативный правовой акт: развитие признаков в правоприменительной практике // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 4. С. 4-5.
94. Бошно С.В. Статус юридической науки в контексте учения о формах права // Юрист. 2007. № 2. С. 62-64.
95. Бошно С.В. Прецедент, закон и доктрина // Государство и право. 2007. № 4. С. 72-78.
96. Бошно С.В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 70-79.
97. Бошно С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права. 2003. № 1. С. 82-91.
98. Брайсон У. К. Американская судебная система. Верховенство права. М.: Прогресс, 1992. 345 с.
99. Бычков А. Правовая доктрина в судебной практике // ЭЖ-Юрист. 2013. № 39. С. 1, 8.
100. Вавилин Е.В. Тенденции развития отечественной правовой доктрины: механизм осуществления гражданских прав // Научные труды РАЮН. В 3-х томах. М.: Юрист, 2008. Вып. 8 Т. 1. С. 86-90.

101. Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права // Публично-правовые исследования (Электронный журнал). 2012. № 2. С. 38-75.
102. Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: вопросы истории и теории: Дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2008. 187 с.
103. Васильев А.А. Роль правовой доктрины в истории английского права // История государства и права. 2007. № 10. С. 38-39.
104. Васильев С.В. Правовая доктрина и гражданское судопроизводство // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 3. С. 2-6.
105. Васильева Т.А. Понятие и значение источника права // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2010. № 73. С. 37-44.
106. Васильева Т.А. Актуальные вопросы судебного прецедента как источника права // Право и политика. 2007. № 7. С. 84-91.
107. Витрук Н.В. Конституционное правосудие: судебное конституционное право и процесс. М.: Юнити, 1998. 376 с.
108. Власенко Н.А. Теория государства и права. М.: Проспект, 2011. 416 с.
109. Вопленко Н.Н. Источники и формы права. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. 102 с.
110. Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда РФ как новый источник российского гражданского права // Закон. 2006. № 11. С. 22-32.
111. Голоскоков Л.В. Юридическая доктрина как основа правовой политики // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 4. С. 6-12.
112. Гольдман Р., Лентовска Э., Франковски С. Верховный суд США. Права и свободы граждан. Варшава: Изд-во «Бега», 1997. 254 с.
113. Гринхаус Л. Как меняются судьбы // Верховный суд США: равное правосудие по закону [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://iipdigital.usembassy.gov/russian/electronicjournal#axzz2pdHe11Jr>.

114. Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1988. 279 с.
115. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. 400 с.
116. Джефферсон Т. Автобиография. Заметки о штате Виргиния. Л.: Наука, 1990. 317 с.
117. Дождев Д.В. Римское частное право. М.: Инфра М – Норма, 1996. 704 с.
118. Дубовицкий В.Н. Правопонимание и источники права // Вестник Гродненского государственного университета. 2008. № 2. С. 3-7.
119. Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран: источники, судоустройство, подсудность. М.: Статут, 2000. 270 с.
120. Жидков О. А. Верховный суд США: право и политика. М.: Наука, 1985. 221 с.
121. Зайчук О. В. Правовая система США (Историко-теоретический анализ). Киев: Наукова Думка, 1992. 136 с.
122. Заключение Института права и публичной политики о соответствии положений пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» международно-правовым стандартам надзорной деятельности прокуратуры // Портал по конституционному и международному правосудию Института права и публичной политики [Электронный ресурс]. Режим доступа: [http://www.ilpp.ru/Netcat\\_files/userfiles/№КО\\_proverki\\_Amicus%20Curiae%20Brief.pdf](http://www.ilpp.ru/Netcat_files/userfiles/№КО_proverki_Amicus%20Curiae%20Brief.pdf).
123. Зеленкевич И.С. Правовая доктрина и правовая наука: некоторые вопросы соотношения и использования в качестве источников права // Северо-Восточный научный журнал. 2010. № 2. С. 42-47.
124. Зивс Л.С. Источники права. М.: Наука, 1981. 240 с.
125. Зозуля А.А. Доктрина в современном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. С.-Пб., 2006. 232 с.

126. Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3-9.
127. Иванюк О.А. Источник права: проблемы определения // Журнал российского права. 2007. № 9. С. 142-150.
128. История права: Англия и Россия/ Рук. авт. колл. В.С. Нерсисянц, У. Батлер. М.: Прогресс, 1990. 304 с.
129. История США. Т. 1: 1607-1877гг. / Отв. ред. Н. Н. Болховитинов. М.: Наука, 1983. 688 с.
130. Кабрияк Р. Кодификации. М.: Статут, 2007. 476 с.
131. Кананыкина Е.С. Правовая система Соединенных Штатов Америки // Международное публичное и частное право. 2009. № 1. С. 40-48.
132. Кейнс К. Верховный суд США: арбитр конституционных конфликтов // США: экономика, политика, идеология. 1991. № 6. С. 25-45.
133. Киреева С.А. Правовая интеграция как важнейшее направление межгосударственной интеграции // Правовая политика и правовая жизнь. 2010. № 2 (39). С. 125-131.
134. Ковалева Л.А. Место доктрины в системе источников права // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. Тамбов: Грамота, 2009. № 3. С. 82-83.
135. Козочкин И.Д. Некоторые основные тенденции развития американского уголовного права (источники, институты учения о преступлении) // Государство и право. 2011. № 10. С. 65-81.
136. Комисарова Е.Г. Эволюция и состояние взаимосвязи правовой науки и юридической практики // Власть закона. 2010. № 1. С. 74-84.
137. Конституция США: история и современность / Под общ. ред. Е.Ф. Языкова. М.: Юридическая литература, 1988. 316 с.
138. Кросс Р. Прецедент в английском праве. М.: Юридическая литература, 1985. 238 с.

139. Кулапов В.Л., Потапенко Е.Г. Теоретические основы правовой интеграции: монография. М.: Юрлитинформ, 2011. 184 с.
140. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права. М.: Спарк, 1998. 448 с.
141. Лафитский В.И. Конституционные основы федерализма в США // Журнал российского права. 2007. № 3. С. 116-127.
142. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М.: ВолтерсКлувер, 2009. 529с.
143. Любитенко Д.Ю. К вопросу о классификации правовых доктрин // Вестник Пермского университета. 2010. № 4. С. 22-26.
144. Любитенко Д.Ю. Правовая доктрина в системе источников российского права // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2010. №4. С. 29-34.
145. Любитенко Д.Ю. Правовая доктрина Конституционного Суда Российской Федерации: общетеоретический аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011. 233 с.
146. Мадаев Е.О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2012. 254 с.
147. Малиновский А. А. Доктрина как источник уголовного права (Сравнительно-правовые аспекты) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2009. № 1. С. 3-6.
148. Малько А.В., Саломатин А.Ю. Сравнительное правоведение. М.: Норма, 2008. 351 с.
149. Марченко М.Н. Источники права. М.: Проспект, 2008. 760 с.
150. Марченко М.Н. Об основных тенденциях развития права в условиях глобализации // Государство и право. 2009. № 6. С. 5-11.
151. Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. М.: ИКД Зерцало-М, 2008. 528 с.
152. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: Учебник для юридических вузов. М.: Зерцало, 2001. 560 с.

153. Марченко М.Н. Вторичные источники романо-германского права: прецедент, доктрина // Вестник Московского университета. 2000. № 4. С. 52-63.
154. Маслов М.Ю. Трактат Уильяма Блэкстона «Комментарии к законам Англии» и доктрина прецедента в Англии во второй половине XVIII в. // История государства и права. 2009. № 17. С. 44-47.
155. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М.: Юристъ, 2004. 512 с.
156. Мейер Д.И. Русское гражданское права. Петроград: Типография «Двигатель», 1914 // Справочно-правовая система «Гарант» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.garant.ru>.
157. Мишин А.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М.: Юстицинформ, 2009. 332 с.
158. Мишина Е.А. Миранда против штата Аризона (революция суда Уоррена) // Российская юстиция. 1997. № 2. С. 50-53.
159. Мишина Н.В. Правовая доктрина как источник права (на примере железнодорожной отрасли права) // Правоведение. 2008. № 4. С. 231-236.
160. Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М.: Юстицинформ, 2008. 77 с.
161. Муравский В.А. О различии между источником и формой права // Российский юридический журнал. 2013. № 5. С. 63-73.
162. Никишин В. В. Доктрина и судебный прецедент как источники зарубежного экологического права // Российский судья. 2011. № 4. С. 30-31.
163. Николаев Б.В. Конституционно-правовой принцип равноправия в системе высшего образования США. М.: Юнити-Дана, Закон и право, 2009. 176 с.
164. Общая теория права и государства / Под ред. В.В. Лазарева. М.: Юристъ, 1996. 472 с.
165. Овчинников А.И. Правовое мышление: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. 48 с.



166. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М.: Азъ, 1992. 446 с.
167. Осаке К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий. М.: Юристъ, 2008. 829 с.
168. Павликов С.Г. О доктрине как источнике права // Государство и право. 2013. № 6. С. 18-25.
169. Паррингтон В. Основные течения американской мысли. М.: Изд-во иностранной литературы, 1962. 150 с.
170. Петрова Е.А. Особенности систематизации американского законодательства // Вектор науки ТГУ. 2010. № 2. С. 129-131.
171. Письмо Томаса Джефферсона Ричарду Прайсу, 8 января 1789г. [Электронный ресурс]. Режим доступа:  
<http://www.let.rug.nl/usa/P/tj3/writings/brf/jef174.htm>.
172. Полякова Т.М. К вопросу о политико-правовой доктрине России // История государства и права. 2006. № 1. С. 117-21.
173. Проблемы теории государства и права / Под ред. В.М. Сырых. М.: Эксмо, 2008. 528 с.
174. Пряхина Т.М. Конституционная доктрина современной России: Автореф. дис. ... докт. юрид наук. Саратов, 2004. 54 с.
175. Пузиков Р.В. Сущность юридической доктрины как источник права // Правовая политика и правовая жизнь. 2003. № 4. С. 133-138.
176. Пузиков Р.В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования (проблемы теории и практики): Дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2003. 213 с.
177. Рассолов М.М. Теория государства и права. М.: Юрайт, 2010. 635с.
178. Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. М.: Форум, 2010. 288 с.
179. Рудковский В.А. Теоретические проблемы источников права // Философия права. 2005. № 3. С. 21-27.

180. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). М.: Юристъ, 2003. 448 с.
181. Саломатин А.Ю. Верховный суд США американская конституционная модель // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Серия «Общественные науки». 2006. № 2. С. 32-38.
182. Саломатин А.Ю. Верховный суд США как инициатор и координатор правовой жизни (конец XVIII – середина XIX вв.) // Правовая политика и правовая жизнь. 2003. № 4. С. 22-31.
183. Саломатин А.Ю. Верховный суд США: судебная правовая политика от Дж. Джея до Дж. Робертса. М.: Инфра-М, РИОР, 2013. 142 с.
184. Саломатин А.Ю., Наквакина Е.В. Верховный суд США: основные этапы развития судебной правовой политики (конец XVIII – начало XXI вв.) // Российская юстиция. 2012. № 1. С. 15-18.
185. Сафонов В.Е. Зарубежные системы конституционного контроля: проблемы теории и практики // Российский судья. 2002. № 11. С. 3-6.
186. Сафонов В.Н. Верховный Суд США: социальные права и социальное законодательство (1970-1990-е гг. XX в.). Курск: Роси, 2004. 204с.
187. Сафонов В.Н., Сергеева С.Л. Проблема судебного правотворчества в конституционной теории и в практике Верховного суда США // Институты государства и права в их историческом развитии: Сборник научных статей к 60-летию Владимира Алексеевича Томсинова. М.: ИКД Зерцало-М, 2012. С. 349-356.
188. Святовец О.А. Проблемы королевской власти в трактате Генри Брактона «О законах и обычаях Англии» // Правоведение. 1997. № 4. С. 41-46.
189. Селигмен Б. Сильные мира сего: бизнес и бизнесмены в американской истории. М.: Прогресс, 1976. 456 с.
190. Согрин В.В. Принятие Конституции США: мифы и реальность // Новая и новейшая история. 1987. № 2. С. 41-57.

191. Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М.: Проспект, 2007. 480 с.
192. Социологический энциклопедический словарь / Под ред. Г.В. Осипова. М.: Норма-Инфра, 2000. 488 с.
193. Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты / Под ред. О.А. Жидкова. М.; Прогресс, 1993. 766 с.
194. Султанов А.Р. Конституционное судопроизводство и «amicus curiae» // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2009. №.4. С. 25-30.
195. Сулопарова Ю.В. Воззрения на происхождение права и природу королевской власти Генри Финча (по трактату «Право, или рассуждения о нем») // Общество: политика, экономика, право. 2007. № 2. С. 102-107.
196. Сытин А.Г. Политическая философия демократии: вклад Томаса Джефферсона // Полис. 2008. № 1. С.153-168.
197. Сюкияйнен Л.Р. Доктрина как источник мусульманского права // Источники права. М.: Наука, 1985. С. 65-81.
198. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право: вопросы теории и практики. М.: Наука, 1986. 256 с.
199. Тарибо В.Е. Судебные доктрины и практика конституционного суда Российской Федерации // Право и политика. 2005. № 2. С. 118-122.
200. Теория государства и права / Под общ. ред. С.С. Алексеев. М.: Норма-Инфра, 1998. 457 с.
201. Терехин В.А. Суд в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод человека: теория и практика. М.: Юрлитинформ, 2013. 352 с.
202. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М.: Норма, 1996. 432 с.
203. Токвиль А. Демократия в Америке. М.: Прогресс, 1992. 554 с.

204. Тонков Е.Н. Значение прецедента в английской доктрине толкования закона // Теория и практика общественного развития. 2013. № 10. С. 107-109.
205. Федорченко А. Правовая доктрина – надежда остается // ЭЖ-Юрист. 2011. № 47. С. 1, 5.
206. Филипов С.В. Судебная система США. М.: Наука, 1980. 177 с.
207. Фомин А.А. Юридическая безопасность в сфере законотворчества субъектов Российской Федерации // Вестник Саратовской государственной академии права. 2006. № 1. С. 65-71.
208. Фомин А.А. Принцип научности в российском законотворческом процессе // Юридическое образование и наука в России: проблемы модернизации: Тезисы международной научно-практической конференции, посвященной 75-летию СЮИ-СГАП (г. Саратов, 5-7 октября 2006 г.). Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2006. С. 207-209.
209. Фридмэн Л. Введение в американское право. М.: Прогресс, 1992. 286 с.
210. Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 34-38.
211. Хайдекинг Ю. Американские президенты: 41 исторический портрет от Джорджа Вашингтона до Билла Клинтона. Ростов-на-Дону: Феникс, 1997. 640 с.
212. Хапов А. В. Источники английского общего права: судебные прецеденты // Российская юстиция. 2006. № 3. С. 63-67.
213. Хужокова И.М. О цитировании юристов // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2010. № 6. С. 18-31.
214. Царьков И.И. Естественно-правовая доктрина и теория общественного договора: единство двух концепций // Право и политика. 2005. № 1. С. 25-35.

215. Шебанов А.Ф. Форма советского права. М.: Юридическая литература, 1968. 213 с.
216. Шебанов А.Ф. О понятиях источника права и формы права // Правоведение. 1965. № 4. С. 23-33.
217. Шерри С. Влияние и независимость: роль политики в решениях Верховного суда // Верховный суд США: равное правосудие по закону 2009. Т. 14. № 10. [Электронный ресурс] на сайте Государственного департамента США. Режим доступа: <http://iipdigital.usembassy.gov/russian/electronicjournal#axzz2pdHe1lJr>.
218. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 2. М.: Зерцало, 1995. 516 с.
219. Шумилов В.М. Особенности общего права США / В.М. Шумилов // США. Канада: Экономика, политика, культура: Ежемесячный научный и общественно-политический журнал. 2003. № 2. С. 118-127.
220. Шумилов В.М. Правовая система США. М.: Международные отношения, 2006. 405 с.
221. Adams K.D. Blaming the Mirror: The Restatements and the Common Law // Indiana Law Review. 2007. №. 40. P. 205-270.
222. Arewa O., Dau-Schmidt K., Henderson W., Morriss A. The Production, Consumption and Content of Legal Scholarship: A Longitudinal Analysis. [Электронный ресурс]. Режим доступа: [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/clbe/wp/wpcontent/uploads/centers/clbe/morriss\\_production\\_consumption\\_content\\_of\\_legal\\_scholarship.pdf](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/clbe/wp/wpcontent/uploads/centers/clbe/morriss_production_consumption_content_of_legal_scholarship.pdf).
223. Asseng N. Great Justices of the Supreme Court. Minneapolis: Oliver Press, 1992. 160 p.
224. Bergh A.E. The Writings of Thomas Jefferson. Washington, D. C.: The Thomas Jefferson Memorial Association. 1904. Vol. XII. 392 p.
225. Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. London, 1869. 680 p.

226. Bodie M. T. Law students and Legal scholarship // The Journal of law. 2011. Vol. 1. № 2. P. 223-230.
227. Braun A. Burying or Living? The Citation of Legal Writings in English Courts // The American Journal of Comparative Law. 2010. Vol. LVIII. №. 1. P. 27-52.
228. Buhofer S. P. Structuring the Law: The Common Law and the Roman Institutional System // Swiss Review of International and European Law. 2007. №5. P. 703-741.
229. Burnham W. Introduction to the Law and Legal System of the United States. St. Paul: Thomson, West. 716 p.
230. Crump D., Gressman E., Day O. Cases and Materials on Constitutional Law. N.Y., 1988. 509 p.
231. Cohen M.L. Researching Legal History in the Digital Age // Law Library Journal. 2007. №. 99. P. 377-393.
232. De Cruz P. Comparative law in a changing world. Second edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1999. 512 p.
233. Duhaime's Law Dictionary. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.duhaime.org/LegalDictionary.aspx>.
234. Farrar J.H. Doctrine and Reputation // Bond Law Review. 2003. Vol. 15. №. 2. С. 71-82.
235. Fernandez A., Dubber, M. D. Introduction: Putting the Legal Treatise in Its Place. Law Books in Action: Essays on the Anglo-American Legal Treatise. Oxford, 2012. 252 p.
236. George Mason Law Review. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.george-mason-law-review.org/george-mason-law-review-quoted-in-u-s-supreme-court-opinion>.
237. Glenn H.P. Legal Tradition of the World. Sustainable Diversity in Law. 3rd ed. Oxford University Press, 2007. 456 p.
238. Gray J.Ch. The nature and sources of the law. New York: Admant media corporation, 2005. 334 p.

239. Crespi G.S. Judicial and Law Review Citation Frequencies for Articles Published in Different Tiers of Law Journals: An Empirical Analysis Empirical Analysis // Santa Clara Law Review. 2004. №. 44. P. 897-959.
240. Gordon R.W. The American Codification Movement // Faculty Scholarship Series. Paper 1370. 1983. P. 431-458.
241. Hamburger P. Separation of church and state. First Harvard University Press Edition, 2004. 528 p.
242. Jefferson's Letter to the Danbury Baptists – Jan. 1. 1802. [Электронный ресурс]. Режим доступа:  
<http://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>.
243. Kadish S.H. The Model Penal Code's Historical Antecedents // Rutgers Law Journal. 1987. №. 19. P. 521-538.
244. Kearney J. D., Merrill T. W. The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court // U. Pa. L. Rev. 1999-2000. №. 148. P. 743-855.
245. Komar B. M. Text-Books as Authority in Anglo-American Law // California Law Review. 1923. №. 11. P. 397-422.
246. Laughlin H. Eugenic Sterilization in the United States // Psychopathic laboratory of the municipal court of Chicago. 1922. 452 p.
247. Petherbridge L., Schwartz D.L. Articles An empirical assessment of the supreme court's use of legal scholarship // Northwestern University Law Review. 2012. Vol. 106. №. 3. P. 995-1032.
248. Lee T.H. The Civil Law Tradition in American Constitutional Jurisprudence. [Электронный ресурс]. Режим доступа:  
<http://www.law.harvard.edu/faculty/facultyworkshops/lee.faculty.workshop.spring2013.pdf>.
249. Letter from James Madison to Thomas Jefferson (June 30, 1789) // Documentary History of the First Federal Congress of the United States of America (March 4 1789 – March 3 1791). 1986. 736 p.
250. Malcolm J. To Keep and Bear Arms: The Origins of an Anglo-American Right. N.Y., 1996. 246 p.

251. Liebler R. Some thing rotten in the state of legal citation: the life span of a United States Supreme court citation containing an internet link (1996-2010) // *Yale Journal of Law and Technology*. 2013. Vol. 15: №.2. P. 273-311.
252. Morag-Levine N. Common Law, Civil Law and the Administrative State: From Coke to Lochner // *Constitutional Commentary*. 2007. Vol. 24. №. 3. P. 600-662.
253. Oakley J. B. Integrating Supplemental Jurisdiction and Diversity Jurisdiction: A Progress Report on the Work of the American Law Institute // *Indiana Law Journal*. 1998. Vol. 74. №. 1. P. 25-52.
254. The Oxford Dictionaries Online by the Oxford University Press. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.oxforddictionaries.com>.
255. Parker K. M. Law «In» and «As» History: The Common Law in the American Polity, 1790-1900 // *UC Irvine law review*. 2011. Vol. 1. № 3. P. 587-609.
256. Post R.C. The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decision making in the Taft Court // *Minnesota Law Review*. 2001. Vol. 85. P. 1267-1390.
257. Rasoamampianina V. A. How is encyclopaedia authority established?: PhD thesis. University of Glasgow, Glasgow Theses Service, 2012. 324 p.
258. Rauch D.E. Same Difference: Inter-Sate Legal Citation and the Supreme Court's Use of Foreign Law // *Journal of Politics & Society*. Vol. 22. №. 1. P. 39-64.
259. Robinson P.H. The American model penal code: a brief overview // *New Criminal Law Review*. 2007. Vol. 10. №. 3. P. 319-334.
260. Rules of the Supreme Court of the U.S. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>.
261. Shecaira F.P. Legal Scholarship as a Source of Law. A Thesis for the degree of doctor of philosophy. Hamilton, McMaster University. 2011. 157 p.
262. Tiller E.H. What is legal doctrine? // *Northwestern University Law Review*. 2006. №. 100. P. 517-534.



263. Tushnet M.V. A Decent Respect to the Opinions of Mankind: Referring to Foreign Law to Express American Nationhood // Albany Law Review. 2006. №. 69. P. 809-815.

264. Twain M. Letter to San Francisco Alta California, February 19, 1868. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.twainquotes.com/18680219a.html>.

265. Webster's Third New International Dictionary of English language. Merriam-Webster, 2002. 2806 p.

266. Youngs R. English, French & German Comparative Law. London: Cavendish Publishing Limited, 1998. 466 p.