

## Постмодерн в российском частном праве: взаимодействие правовой и судебной доктрины<sup>1</sup>

**Аннотация.** Представленная статья направлена на раскрытие сущности правовой и судебной доктрины в российском частном праве. В статье критикуется позиция, согласно которой правовая доктрина представляет собой авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций. Такой подход к правовой доктрине является аморфным. Правовая доктрина — это единая концепция, опирающаяся на конкретные методологические основания и вырабатывающая находящиеся в системном единстве выводы. Инструментарий правовой доктрины является альфой и омегой права. Междисциплинарный подход в изучении правовых феноменов должен быть основан на категориальном аппарате правовой доктрины, на общем учении о сущности и назначении права. Результатом междисциплинарного исследования должно быть переосмысление и наполнение новым содержанием инструментария, уже выработанного правовой доктриной. В работе подробно исследованы функции правовой доктрины: описание существующего права (*de lege lata*); выработка предложений по его совершенствованию (*de lege ferenda*); обоснование и легитимизация новелл. В статье сделан вывод, что современная цивилистическая доктрина может быть раскрыта через постмодернистский концепт ризомы, поскольку доктрина становится всё более интернациональной, междисциплинарной и креативной. Исследована триада функций судебной доктрины: интерпретация, дополнение и исправление права. Обосновано, что социальные и технологические вызовы определяют возникновение судебных доктрин, направленных на переосмысление и интерпретацию позитивного права, его дополнение и корректировку. В заключение сделан вывод, что эволюция частного права основана на диалектическом единстве правовой и судебной доктрины, каждая из которых реализует свою функциональную триаду.

**Ключевые слова:** частное право; правовая доктрина; судебная доктрина; преторское право; ризома; толкование; судебная практика; прецедент; гражданское право.

**Для цитирования:** Богданов Д. Е. Постмодерн в российском частном праве: взаимодействие правовой и судебной доктрины // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 102–123. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.102-123.

<sup>1</sup> Научное исследование выполнено в рамках государственного задания № 075-00998-21-00 от 22.12.2020 на тему «Трансформация российского права в условиях больших вызовов: теоретико-прикладные основы» (FSMW-2020-0030).

© Богданов Д. Е., 2021

\* Богданов Дмитрий Евгеньевич, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993 bogdanov.de@yandex.ru

## Postmodernity in Russian Private Law: Interaction of Legal and Judicial Doctrine<sup>2</sup>

**Dmitriy E. Bogdanov**, Dr. Sci. (Law), Docent, Professor, Department of Civil Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993  
bogdanov.de@yandex.ru

**Abstract.** The presented paper aims at revealing the essence of legal and judicial doctrine in Russian private law. The paper criticizes the position that the legal doctrine is an authoritative opinion of scientists expressed in the form of principles, theories, and concepts. This approach to legal doctrine is amorphous. Legal doctrine is a unified concept based on specific methodological foundations and developing conclusions that are in systemic unity. The legal doctrine toolkit is the alpha and omega of law. An interdisciplinary approach to the study of legal phenomena should be based on the categorical apparatus of legal doctrine, on the general doctrine of the essence and purpose of law. The result of an interdisciplinary study should be a rethinking and filling with new content of the tools already developed by the legal doctrine. The work scrutinizes the functions of legal doctrine: description of existing law (*de lege lata*); development of proposals for its improvement (*de lege ferenda*); justification and legitimization of novels. The paper concludes that the modern civil doctrine can be revealed through the postmodern concept of the rhizome, since the doctrine is becoming more international, interdisciplinary and creative. The author investigates the triad of functions of judicial doctrine, namely interpretation, addition and correction of law. It is proved that social and technological challenges predetermine the emergence of judicial doctrines aimed at rethinking and interpreting positive law, its addition and correction. The author concludes that the evolution of private law is based on the dialectical unity of legal and judicial doctrine, each of which implements its functional triad.

**Keywords:** private law; legal doctrine; judicial doctrine; praetorian law; rhizome; interpretation; judicial practice; precedent; civil law.

**Cite as:** Bogdanov DE. Postmodern v rossiyskom chastnom prave: vzaimodeystvie pravovoy i sudebnoy doktriny [Postmodernity in Russian Private Law: Interaction of Legal and Judicial Doctrine]. *Lex russica*. 2021;74(11):102-123. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.102-123. (In Russ., abstract in Eng.).

Вопросам правовой доктрины уделено значительное внимание как в общетеоретической, так и в отраслевых юридических науках, однако в литературе отсутствует единство в понимании сущности данного правового феномена.

Как отмечает Х. И. Гаджиев, в научной литературе правовую доктрину обычно рассматривают в качестве обобщенного научного отношения к общетеоретическим вопросам права. Однако, по мнению автора, предпочтительной является широкая трактовка данной научной категории, способная раскрыть ее суть<sup>3</sup>. Поэтому Х. И. Гаджиев присоединяется к позиции Т. Я. Хабриевой, полагающей, что «в самом общем виде доктрину характеризуют как авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций»<sup>4</sup>.

Данное определение действительно раскрывает суть доктрины лишь «в самом общем виде». При таком подходе правовая доктрина предстает в качестве аморфного образования, поскольку авторитетное мнение отдельного ученого или даже группы ученых может остаться только авторитетным мнением, не относящимся к правовой доктрине, даже если такое авторитетное мнение будет объективировано в качестве научной теории или концепции.

Например, «экономический анализ права» (Law and Economics)<sup>5</sup> остается маргинальным в

<sup>2</sup> The research was carried out within the framework of the state task No. 075-00998-21-00 of 22 December 2020 on the topic "Transformation of Russian law in the face of big challenges: Theoretical and applied foundations" (FSMW-2020-0030).

<sup>3</sup> См.: Гаджиев Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения // Журнал российского права. 2019. № 6. С. 14–27.

<sup>4</sup> Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 23.

<sup>5</sup> См., например: Posner R. A. Utilitarianism, Economics and Legal Theory // Journal of Legal Studies. 1979. Vol. 8. P. 103; Calabresi G. The New Economics Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-indulgence? // Proceedings of the British Academy. 1982. Vol. 68. P. 85, 89.

цивилистической доктрине<sup>6</sup>, поскольку основан на спорных философских установках утилитаризма. Поэтому междисциплинарное научное учение об экономическом анализе права сложно отнести к сфере правовой доктрины.

Ряд российских авторов указывают, что доктрину следует рассматривать в качестве систематизированного учения, целостной концепции, научной теории, выступающей основой программного действия<sup>7</sup>, поскольку доктрина — это не совокупность различных взглядов и идей, а именно единая концепция, опирающаяся на определенные методологические основания и вырабатывающая четкие, логически выверенные, находящиеся в системном единстве выводы<sup>8</sup>.

Выводы российских ученых в отношении правовой доктрины звучат в унисон с взглядами многих иностранных авторов. Так, доктринальный подход образно характеризуется в качестве «материнского молока» для ученых-юристов<sup>9</sup>, а правовая доктрина рассматривается как альфа и омега права<sup>10</sup>.

Развернутый анализ правовой доктрины содержится в работах Яна Смитса<sup>11</sup>. Как отмечает автор, суть доктринального подхода заключается, во-первых, в том, что он основан на рассмотрении правовых вопросов с позиции внутренней перспективы (*internal perspective*). При доктринальном подходе исследователь позиционирует себя как находящегося внутри правовой системы<sup>12</sup>. Для ее постижения не тре-

буются внешние данные<sup>13</sup>. Правовая система не только выступает в качестве предмета исследования, но и предоставляет инструментарий для ее постижения. Сущность права раскрывается через использование собственно правового категориального аппарата. Если право начинают рассматривать с позиций внешней перспективы (например, социологический или экономический подходы), то происходит отход от методологии правовой доктрины<sup>14</sup>.

Аналогичная позиция была высказана В. С. Нерсисянцем в отношении инструментария постижения правовой системы: он указывал, что мыслимая модель позитивного права формулируется с помощью специфического доктринально-юридического словаря, определенной системы логически взаимосвязанных специальных понятий, категорий, терминов, словесных конструкций, дефиниций и т.д.<sup>15</sup>

Представляется, что если тезис Яна Смитса о «внутренней перспективе» будет доведен до абсолюта, то право можно будет ассоциировать со своеобразной «вещью самой в себе» в духе кантовского трансцендентализма<sup>16</sup>. Это служит причиной критики, высказываемой в отношении доктринального подхода, поскольку право является социальным феноменом, его развитие обусловлено эволюцией социально-экономических отношений, следовательно, право невозможно поместить в прокрустово ложе исключительно внутренней перспективы. Однако инструментарий правовой доктрины остается

<sup>6</sup> См.: *Gordley J. Foundation of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford University Press, 2006. P. 20*; *Grechenig K., Gelter M. The transatlantic divergence in legal thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism // Hastings International & Comparative Law Review. 2008. Vol. 31. № 1. P. 295–360.*

<sup>7</sup> *Прахина Т. М. Конституционная доктрина современной России : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2004. С. 5.*

<sup>8</sup> См.: *Зайцев О. В. Проблемные вопросы доктрины гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 1. С. 111–117.*

<sup>9</sup> *McCrudden Ch., Legal Research and the Social Sciences : Law Quarterly Review. 2006. 122. P. 632–634.*

<sup>10</sup> *Smits J. M. Law and Interdisciplinarity: on the Inevitable Normativity of Legal Studies : Critical Analysis of Law 1:1 (2014), 75.*

<sup>11</sup> См.: *Smits J. M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research (September 1, 2015) // Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue / eds. R. van Gestel, H.-W. Micklitz, E. L. Rubin. New York : Cambridge University Press, 2017. P. 207–228.*

<sup>12</sup> *Westerman P. C. Open or Autonomous? // Which Kind of Method for What Kind of Discipline? / ed. Mark Van Hoecke. Oxford : Hart, 2011, 87.*

<sup>13</sup> *Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

<sup>14</sup> См.: *Weinrib E. J. The Idea of Private Law. Cambridge Mass : Harvard University Press, 1995.*

<sup>15</sup> См.: *Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. М. : Инфра-М, 1999. С. 382–383.*

<sup>16</sup> См.: *Бурханов Р. А. Вещь в себе и явление, ноумен и феномен, трансцендентальное, имманентное и трансцендентное в теоретической философии Иммануила Канта // Манускрипт. 2016. № 3-2. С. 34–36.*

альфой и омегой права. Поэтому любой, даже междисциплинарный подход в изучении правовых феноменов должен быть основан на категориальном аппарате правовой доктрины, на общем учении о сущности и назначении права. Результатом междисциплинарного исследования должно быть переосмысление и наполнение новым содержанием инструментария, уже выработанного правовой доктриной. Таким образом, любое правовое исследование, в том числе междисциплинарное, начинается с правовой доктрины (альфа), ею и завершается (омега).

Во-вторых, Ян Смитс указывает на системность доктринального подхода к праву, поскольку правовая доктрина — это не простое описание действующего законодательства и правоприменительной практики<sup>17</sup>, доктрина — это целостный системный концепт, представляющий собой совокупность взаимосвязанных принципов, концепций и правил<sup>18</sup>.

В-третьих, Ян Смитс делает акцент на том, что признаком правовой доктрины является ее направленность на систематизацию именно существующего права (present law). Важным для легально-догматического подхода является то, что он способен учитывать последние тенденции в законодательстве и судебной практике на фоне изменений в социальной среде. Возможность взаимодействия с юридической практикой превращает правовую доктрину в живую систему, которая стремится как к постоянству, так и к развитию права. По мнению автора, это соответствует оригинальному значению латинского термина *doctrina* — учение, передающееся от поколения к поколению<sup>19</sup>.

Таким образом, автор трактует правовую доктрину с позиций диалектики как эволюционирующую живую систему, которая постоянна в своем развитии. На динамичный характер

правовой доктрины указывал и В. С. Нерсесянц, поскольку доктрина не только отражает позитивное право, но и определяет его, активно соучаствует в процессе его создания и осуществления<sup>20</sup>. Вопрос о влиянии доктрины на правовую действительность, в том числе посредством доктринального толкования, рассматривается в работах и других российских авторов<sup>21</sup>.

В этой связи в научной литературе выделяются цели (функции) правовой доктрины, к которым Ян Смитс относит описание, предписание и обоснование (description, prescription and justification). По мнению автора, указанные цели взаимосвязаны и взаимообусловлены<sup>22</sup>.

Первая функция (description) связана с описанием существующего права, поскольку право рассматривается с позиций *de lege lata*<sup>23</sup>. Доктрина осуществляет нейтральное описание действующего законодательства и практику его применения в целях систематизации источников права, выстраивания стройной, понятной и удобной для восприятия системы правовых знаний. Иеремия Бентам определял такое систематическое описание существующего права как «пояснительную юриспруденцию» (expository jurisprudence)<sup>24</sup>. Именно доктрина формирует систему правовых категорий и концепций, а также определяет их границы и содержание, тем самым создавая терминологический аппарат для юридической дискуссии<sup>25</sup>.

Как указывает Ян Смитс, именно доктрина создает правовую реальность. Если физические знания передаются посредством математических формул, то правовые знания транслируются через доктрину. Благодаря доктрине право становится определенным и предсказуемым, поскольку именно доктрина создает условия, чтобы аналогичные споры разрешались аналогичным образом<sup>26</sup>.

<sup>17</sup> См.: *Lamond Cf. G. Analogical Reasoning in the Common Law* // Oxford Journal of Legal Studies. 2014. № 34. 567–581.

<sup>18</sup> См.: *Weinrib E. J. Legal formalism* // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory / ed. D. Patterson. 2nd ed., Oxford : Wiley-Blackwell, 2010. 327–335 ; *Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

<sup>19</sup> *Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

<sup>20</sup> *Нерсесянц В. С. Указ. соч. С. 382–383.*

<sup>21</sup> *Зайцев О. В. Указ. соч. С. 111–117 ; Пряхина Т. М. Указ. соч.*

<sup>22</sup> *Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

<sup>23</sup> *Tiller E. H., Cross F. B. What is legal doctrine?* // Northwestern University Law Review. 2006. № 100. P. 517.

<sup>24</sup> *Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* / ed. J. H. Burns, H. L. A. Hart). Oxford : Clarendon Press, 1970. Ch. XVII, 21.

<sup>25</sup> *Goldberg J. C. P. Introduction: Pragmatism and Private Law* // Harvard Law Review. 2012. № 125. P. 1640–1650.

<sup>26</sup> *Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

Предписание (prescription) выступает в качестве второй функции правовой доктрины. Роль доктрины не ограничивается лишь описанием существующего права, поскольку она направлена на выработку предложений по совершенствованию действующего законодательства и практики его применения (*de lege ferenda*). Однако любая новелла должна быть в гармонии с устоявшейся законодательной реальностью и сложившейся правоприменительной практикой.

Наконец, третьей функцией правовой доктрины является обоснование и даже оправдание (*justification*) действующего права. Как отмечает Ян Смитс, в данном аспекте право рассматривается с позиций внутренней перспективы, как самодостаточная система. Право обосновано уже в силу своего системного и последовательного характера<sup>27</sup>. Законодательная или правоприменительная новелла получает свое обоснование в силу того, что гармонично связана с системой правовых принципов, понятий и концепций, выработанных доктриной. Таким образом, правовая доктрина легитимизирует новеллу, если она вписывается в систему, принятую и используемую юридическим сообществом<sup>28</sup>.

В литературе отмечается, что «классический» доктринальный подход к праву активно критикуется в современной науке. Он обозначается в качестве «провинциального» с позиций транснациональной перспективы, «узкого» с позиций междисциплинарной перспективы и старомодного с позиций творческой, креативной перспективы. Однако, как справедливо утверждает Ян Смитс, подобная критика может быть легко опровергнута, если приложить достаточные методологические усилия, поскольку любой альтернативный взгляд на право (экономический, социологический, бихевиористский подходы и др.) невозможен без «классического» доктринального понимания существующего права и использования доктринальной аргументации для обоснования предложенных новелл<sup>29</sup>.

В этой связи заслуживает внимания позиция О. В. Зайцева, указывающего на необходимость

унификации смыслового значения понятия «правовая доктрина» по причине сближения правовых инструментов романо-германской правовой семьи и правовой системы стран общего права. По мнению автора, при модернизации доктрины гражданского права необходимо учитывать, что в настоящее время юристы утрачивают исключительную связь с той или иной конкретной правовой системой<sup>30</sup>. На то, что правовая доктрина децентрализована и не ограничивается национальными границами, указывает и А. Н. Чашин<sup>31</sup>.

Современная цивилистическая доктрина становится все более «транснациональной», учитывающей глобальные тенденции по гармонизации и унификации в сфере частного права. В ней все более изживается отмеченный Яном Смитсом «провинциализм», что было, в частности, продемонстрировано в ходе реформы российского гражданского законодательства.

Указание О. В. Зайцевым на утрату юристами исключительной связи с конкретной правовой системой может быть образно охарактеризовано как «утрата родовых корней», что свидетельствует о влиянии постмодерна на цивилистику. Для модерна характерно то, что реальность стабильна, целостна и неизменна. Истина универсальна и объективна. В мире постмодерна реальность становится изменчивой и случайной, а истина плюралистична и вырабатывается в ходе дискурсивной практики<sup>32</sup>.

Метафоры «утраты корней», «потери стержня» связаны с постмодернистским философским концептом «ризомы» (фр. *rhizome* — «корневище»). Данный философский концепт был предложен Жилем Делезом и Пьером-Феликсом Гваттари, образно раскрыт авторами через его связь с ботаникой: «Ризома как подземный отросток абсолютно отлична от корней и корешков. Луковицы, клубни — это ризомы. Во всех других отношениях растения с корнем или корешками могут быть ризоморфны»<sup>33</sup>. Таким образом, древовидной корневой структуре противопоставляется «сеть без ствола», как, например, корневище имбиря или грибица.

<sup>27</sup> Smits J. M. What is Legal Doctrine? P. 212.

<sup>28</sup> Smits J. M. What is Legal Doctrine? P. 215.

<sup>29</sup> Smits J. M. What is Legal Doctrine? P. 217.

<sup>30</sup> Зайцев О. В. Указ. соч. С. 111–117.

<sup>31</sup> Чашин А. Н. Правовая доктрина: ипостаси и ризомность // Евразийская адвокатура. 2019. № 2 (39). С. 92–96.

<sup>32</sup> См.: Волков В. Н. Постмодерн и его основные характеристики // Культурное наследие России. 2014. № 2. С. 3–8.

<sup>33</sup> Делёз Ж., Гваттари Ф. Капитализм и шизофрения. Тысяча плато. Екатеринбург, 2010. С. 11.



Как указывает А. С. Плахов, метафоре корня как единого стержня противопоставлена метафора ризомы, задающая ее ацентричность и противоположность статичным и замкнутым линейным структурам с жесткой центрально-осевой ориентацией (древовидная структура). Ризоматическая трансструктура живет в своих отростках, сочленениях, порах. Она принципиально нелинейна и изменчива, она дышит и разветвляется. Несмотря на противопоставление «древовидным» структурам, ризома способна их включать в себя, поскольку они не изменяют ее природы. Ризома как бы надстраивается над ними. По мнению автора, ризома является методологическим концептом, который направлен не на описание объекта, а на его структуризацию, определение способа его организации. Поэтому концепт ризомы может быть использован как для гибкой организации междисциплинарных исследований, так и для закрепления их результатов<sup>34</sup>.

Рассмотренный постмодернистский философский концепт имеет непосредственное отношение к осмыслению эволюционного развития цивилистической доктрины, поскольку современная цивилистическая доктрина действительно может быть раскрыта через постмодернистский концепт ризомы.

В ризоме любая точка может быть присоединена к любой другой, что отличается от порядка дерева, у нее отсутствует стержень, ее корешки могут прорасти, ветвясь в любом направлении, и неожиданно исчезать. Быть ризоморфным — значит порождать стебли и волокна, которые кажутся корнями или соединяются с ними, проникая в ствол с риском быть задействованными в новых странных формах<sup>35</sup>.

Современная цивилистическая доктрина ризоморфна, ее корешки прорастают и сплетаются с другими ризомами, черпая материал для своего развития из правоприменительной практики, иностранного опыта и междисциплинарных исследований. В результате российская

цивилистическая доктрина становится все более интернациональной, междисциплинарной и креативной. Так, применительно к креативности и междисциплинарности современной цивилистической доктрины можно указать на то, что она успешно отвечает на те вызовы, которые были порождены новой технологической революцией, что позволяет говорить о наличии феномена технодетерминизма в цивилистике<sup>36</sup>.

Вызывает интерес то, что в российской юридической литературе уже набирает обороты постмодернистский дискурс. Так, по мнению Е. Н. Ярковой, в постмодернизме рождается новое понимание истины как социально и контекстуально сконструированного рассуждения, а также новое понятие правосудия как творческого правосудия активного общества, которое основывается на переформулировке формальных категорий, их превращении в функциональные категории. Наконец, появляется новое понятие права — «живое право». В его рамках складывается новое видение юридической теории: как дискурса, описывающего, интерпретирующего и одновременно реконструирующего мир<sup>37</sup>.

Как указывает В. В. Лазарев, постмодернизация правового мышления связывается с преодолением формально-догматического метода мышления, поскольку право объявляется открытой, динамичной, постоянно обновляемой системой, а ее понятия — постоянно трансформирующимися, наполняемыми новым содержанием. По мнению автора, необходимо обеспечить проведение в жизнь идеи децентрализованного (ризомного) права взамен иерархического, что даст в итоге разветвленную, многомерную сеть — ризому, состоящую из множества случайно и локально развивающихся элементов. Это приведет к децентрации сознания законодателей и правоприменителей, освободив их от установок, заданных интересами господствующих социальных слоев и групп<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Плахов А. С. Границы дисциплинарного описания науки: ризоматический подход // *Epistemology & Philosophy of Science*. 2014. № 4 (42). С. 143–154.

<sup>35</sup> Синельникова Л. Н. Ризома и дискурс интермедальности // *Вестник РУДН. Серия «Лингвистика»*. 2017. № 4. С. 805–821.

<sup>36</sup> Богданов Д. Е. Технодетерминизм в частном праве: влияние биопринтинга на развитие концепции защиты права на цифровой образ // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2020. № 50. С. 678–704.

<sup>37</sup> Яркова Е. Н. История и методология юридической науки : учеб. пособие. Тюмень, 2012. С. 254, 256.

<sup>38</sup> Лазарев В. В. Толкование права: классика, модерн и постмодерн // *Журнал российского права*. 2016. № 8. С. 15–28.

В результате такого постмодернистского дискурса меняется конфигурация самого частного права. Оно уже предстает не в качестве *Corpus Juris Civilis* или выбитых на камне скрижалей строгих позитивистских установок, но в качестве гибкого и постоянно эволюционирующего феномена. Как отмечает А. Н. Чашин, в отличие от древовидной системы, модель ризомы не имеет единого корня, стержня, она пронизывает бытие во многих местах<sup>39</sup>. Автор приводит позиции иностранных ученых, указывающих на то, что объяснительной метафорой для права становится не пирамида или система, а сеть<sup>40</sup>. Ризомное право проявляется в таких «непреднамеренных источниках»<sup>41</sup>, как правовая доктрина, обычай и прецедент<sup>42</sup>.

Следует в этой связи отметить, что ризоморфность современного цивилистического дискурса обусловлена тем, что правовая доктрина и правоприменительная практика оказывают друг на друга все более значительное взаимное влияние. Правовая доктрина выступает в качестве идейной, теоретической основы эволюции правоприменительной практики, одновременно правовые позиции судов могут стать триггером для развития доктрины и законодательства.

В результате симбиоз правовой доктрины и правовых позиций судов порождает феномен судебной доктрины в сфере российского частного права. В российском праве отсутствует легальное определение судебной доктрины, однако данная категория используется в актах высших судов. Так, в одном из постановлений Конституционного Суда РФ указывается на

то, что только законодательными средствами решить правовую проблему не всегда возможно, что обуславливает особую роль судебных доктрин. Поэтому в России толкование закона высшими судебными органами призвано оказывать существенное воздействие на формирование судебной практики<sup>43</sup>.

В современной литературе вопрос о сущности судебной доктрины является предметом оживленной научной дискуссии. Так, Е. В. Тарибо рассматривает судебную доктрину как генеральную линию, универсальный принцип или подход, которым суд неуклонно следует, рассматривая дела определенной категории. Автор отмечает, что судебная доктрина в странах прецедентного права формируется на основе множества судебных решений универсальных прецедентов (правовых позиций), которые выходят за рамки какого-то одного или нескольких судебных дел, вырастая в концептуальные подходы к разрешению дел определенной категории<sup>44</sup>.

Судебная доктрина в англосаксонской научной литературе действительно рассматривается в качестве правила, выработанного на основе рассмотренных дел, обретшего самостоятельное от них бытие и применяемого для разрешения последующих споров без учета фактических обстоятельств, при которых оно первоначально возникло<sup>45</sup>. Таким образом, доктрина устанавливает правила для разрешения дел в будущем<sup>46</sup>. Некоторые авторы определяют судебные доктрины как правила принятия решений (Decision rules), сформулированные судами в целях реализации конституционных принципов<sup>47</sup>.

<sup>39</sup> См.: Чашин А. Н. Указ. соч. С. 92–96.

<sup>40</sup> См. Garcia J. I. M. Del sistema a la red: la perspectiva del juez // Anuario de filosofia del derecho. 2016. XXXII. P. 431–450; De Sanctis F. M. La voce antica del diritto oltre-moderno // Rivista di filosofia del diritto. 2015. № 1. P. 75–88.

<sup>41</sup> Barberis M. Da che parte sta il formalismo? Fra ermeneutica e realismo giuridico // Rivista di filosofia del diritto. 2015. № 2. P. 107–118.

<sup>42</sup> См.: Чашин А. Н. Указ. соч. С. 94.

<sup>43</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 19.01.2017 № 1-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 31.07.2014 по делу “ОАО “Нефтяная компания «ЮКОС»” против России” в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>44</sup> Тарибо Е. В. Судебно-конституционная доктрина «факультативности налоговых льгот»: пределы применения // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 2. С. 10–17.

<sup>45</sup> Lackland H., Bloom Jr. Methods of Interpretation: How the Supreme Court Reads the Constitution. Oxford University Press, 2009. P. 205, 257, 350.

<sup>46</sup> Tiller E. H., Cross F. B. What is Legal Doctrine? (May 16, 2005) // URL: <https://ssrn.com/abstract=730284>; URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.730284>.

<sup>47</sup> Denning B. P., Kent M. B. Judicial Doctrine as Risk Regulation // Tennessee Law Review. 2015. Vol. 82. № 2. URL: <https://ssrn.com/abstract=2401704>.

По мнению Ю. Э. Ибрагимовой, судебная доктрина — это основанная на правовой доктрине, развиваемая судом, существующая независимо от законодательного закрепления, но не противоречащая действующему законодательству совокупность идей, нашедших отражение в судебных решениях, предоставляющая суду ориентиры при разрешении дел, предполагающих судебное усмотрение и восполнение пробелов в законодательстве, обогащающая правовую доктрину<sup>48</sup>.

Позиция автора о взаимосвязи правовой и судебной доктрины логически вытекает из тезисов Х. И. Гаджиева, считающего, что правовая доктрина в судебной практике приобретает новый смысл, поскольку в процессе правоприменительной деятельности она преобразуется в инструмент правового метода решения задач судебной практики. Стабильность судебной доктрины зависит как от стабильности законодательства и теоретических разработок, влияющих на образование общих доктрин права, так и от следования предыдущим решениям при аналогичных фактах дела. В этой связи автор положительно высказывается об англосаксонской доктрине *Stare Decisis*, связанной с обязательностью следования ранее вынесенным прецедентным решениям<sup>49</sup>.

В отношении указанной судебной доктрины Верховный суд США неоднократно давал положительную оценку, отмечая, что она обладает «фундаментальным значением для верховенства права»<sup>50</sup> и способствует «беспристрастному, предсказуемому и последовательному развитию правовых принципов»<sup>51</sup>.

В научной литературе имеются многочисленные комплиментарные высказывания в

отношении доктрины *Stare Decisis*. По мнению Дэниела Фарбера, только следуя аргументации прежних решений, суды смогут обеспечить себе руководство на будущее. Альтернативой этому будет серия несвязанных решений по конкретным делам<sup>52</sup>. Рассматриваемая доктрина направлена на поддержание оправданного общественного доверия к сложившемуся правовому регулированию отношений<sup>53</sup>.

Одновременно доктрина *Stare Decisis* воспринимается с изрядной долей скепсиса. Например, Рэнди Козел указывает, что есть ирония в том, что символом стабильности судебной системы является доктрина, основанная на выборе суда придерживаться прецедента, несмотря на подозрения в его ошибочности<sup>54</sup>.

Многие авторы рассматривают доктрину *Stare Decisis* как своеобразную «серую зону», сферу неопределенности при вынесении судебных решения. В литературе отмечается, что *Stare Decisis* не вполне корректно рассматривать в качестве правовой доктрины обязательности прецедента, поскольку зачастую она служит средством манипуляции и прикрытия политических аргументов<sup>55</sup>.

Так, Верховный суд США в одном из своих решений указал, что его предшествующие прецеденты не священны, поэтому они могут быть отвергнуты, когда это будет необходимо и уместно<sup>56</sup>. В другом решении указывалось, что данная доктрина является гибким инструментом<sup>57</sup>.

«Классический» доктринальный подход в США был атакован в первой половине XX в. представителями так называемого «реализма» и «критических юридических исследований». Реалисты указывали, что традиционный док-

<sup>48</sup> Ибрагимова Ю. Э. Роль судебных доктрин в практике арбитражных судов // Журнал российского права. 2020. № 4. С. 172–185.

<sup>49</sup> Гаджиев Х. И. Указ. соч. С. 14–27.

<sup>50</sup> *Welch v. Tex. Dep't of Highways & Pub. Transp.*, 483 U.S. 468, 491 (1987).

<sup>51</sup> *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 821 (1991).

<sup>52</sup> *Farber D. A. The Rule of Law and the Law of Precedents* // 90 Minn. L. Rev. 1173, 1171 (2006).

<sup>53</sup> См.: *Toward Neutral Principles of Stare Decisis in Tort Law* / V. E. Schwartz [et al.] // 58 S. C. L. Rev. 317, 321 (2006); *Stephens P. J. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis* // 48 Syracuse L. Rev. 1515, 1561 (1998).

<sup>54</sup> *Kozel R. J. Stare Decisis as Judicial Doctrine* // 67 Wash. & Lee L. Rev. 411 (2010). URL: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/374](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/374).

<sup>55</sup> См.: *Fisch J. E. The Implications of Transition Theory for Stare Decisis* // 13 J. Contemp. Legal issues 93, 91 (2003); *Kozel R. J. Op. cit.*

<sup>56</sup> *Helving v. Hallock*, 309 U.S. 106, 111 (1940). См. также: *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 171 (1989).

<sup>57</sup> *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992).



тринальный подход пробует замаскировать истинные побудительные причины вынесения судебного решения.

Традиционная легальная модель вынесения судебных решений основана на схеме «мотивированных ответов на обоснованные доводы и аргументы». Вынесенное решение должно основываться на «нейтральных» правовых принципах и не зависеть от личных, политических или идеологических пристрастий судей<sup>58</sup>.

Именно данный тезис и был подвержен критике со стороны представителей реалистического подхода к праву, утверждающих, что традиционные источники права, например доктрина, не определяют содержание судебного решения. Реалисты указывают на неопределенность правовой терминологии, что создает условия для манипуляций при постановке решения. Таким образом, реалистический подход к праву во многом основан на тезисе, что судья сначала определяет желаемое для себя решение спора, а потом манипулирует легальным инструментарием в целях обоснования и подтверждения своей позиции. В результате содержание вынесенного решения полностью зависит от политических или идеологических предпочтений судьи. Правовая или судебная доктрина становится простой ширмой для прикрытия указанных предпочтений<sup>59</sup>.

Поэтому предпринимаются попытки адаптировать доктринальный подход к тезисам, выдвинутым «реалистами». Так, Рэнди Козел указывает на необходимость переосмысления доктрины *Stare Decisis* в целях ее преобразования в теоретически последовательную и обоснованную судебную доктрину, основывающуюся на учете интересов доверия и защиты легальных ожиданий<sup>60</sup>. По сути, подразумевается, что ценность последовательности и предсказуемости судебной практики должна перевешивать политические и идеологические аргументы.

Отмеченный кризис, который переживает судебная доктрина и академическая наука в США, обусловлен спецификой их правовой системы, в которой суды являются творцами

права. Для научной школы «реализма» в США были созданы тепличные условия, которые позволили им потеснить классическую правовую доктрину и создать вакуум в юридической науке, который был заполнен рассмотрением правовых вопросов с позиций исключительно внешней перспективы, правовой политики и поведенческих моделей.

В литературе указывается, что континентальная правовая доктрина пока избежала такой печальной судьбы. Например, в Германии классическая «юриспруденция понятий» эволюционировала в «юриспруденцию интересов», после чего продолжила свое развитие, став «юриспруденцией ценностей». Правовая доктрина стала менее дескриптивной и позитивистской, однако осталась автономной сферой знания со своими собственными ценностями, методами и целями. Это означает, что право в континентальной доктрине рассматривается с позиций внутренней перспективы<sup>61</sup>.

Можно утверждать, что идейное ядро континентальной правовой доктрины осталось неприкосновенным. Ризоморфный характер современной правовой доктрины не означает, что она должна быть рыхлым образованием, некритично вмещающим в себя новые смыслы. В этой связи представляет интерес подход Имре Лакатоса к решению проблем методологии научного знания. В соответствии с его концепцией предметом оценки должна быть не изолированная теория или совокупность теорий, а исследовательская программа. Исследовательская программа включает в себя конвенционально принятое, неопровержимое «твердое ядро» и позитивную эвристику, которая определяет проблемы для исследования и формирует защитный пояс вспомогательных гипотез<sup>62</sup>. Таким образом, защитный пояс принимает на себя удар от опровергающих фактов и противоположных теорий. Под их воздействием может меняться защитный пояс, твердое ядро остается неизменным, за исключением ситуаций коренного преобразования или возникновения новой исследовательской программы<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> *Shapiro D. L.* In Defense of Judicial Candor // 100 Harvard Law Review, 731, 731 (1987) ; *Johnson P.* Do You Sincerely Want To Be Radical? // 36 Stanford Law Review, 247, 251 (1984).

<sup>59</sup> См.: *Tiller E. H., Cross F. B.* Op. cit.

<sup>60</sup> *Kozel R. J.* Op. cit.

<sup>61</sup> См.: *Grechenig K., Gelter M.* Op. cit. P. 295–360.

<sup>62</sup> *Лакатос И.* Избранные произведения по философии и методологии науки / пер. с англ. И. Н. Веселовского, А. Л. Никифорова, В. Н. Поруса. М. : Академический проект ; Трикста, 2008. 475 с.

<sup>63</sup> *Плахов А. С.* Указ. соч. С. 143–154.

Опыт ушедшего XX в. показал, что «твердое ядро» российской цивилистической доктрины было затронуто в силу корректировки ее исследовательской программы, но она все равно смогла преодолеть фундаментальные вызовы, обусловленные сменой общественно-экономических формаций в 1917 и 1991 гг. Основным удар был принят защитным поясом вспомогательных гипотез.

В этой связи необходимо вновь вернуться к вопросу о взаимосвязи судебной и правовой доктрины. Как полагает Ю. Э. Ибрагимова, судебные доктрины являются связующим функциональным звеном между общими правовыми доктринами (как результатами мышления *in abstracto*) и правоприменительной практикой (складывающейся *in concreto*), выполняющими функции концептуализации эмпирического опыта в праве<sup>64</sup>.

Следует согласиться с данной позицией, поскольку она отражает диалектическое единство правовой и судебной доктрины, которое выражается в практической отработке выработанной правовой доктриной вспомогательной гипотезы. Правовая доктрина формулирует теоретический базис для формирования судебной доктрины, которая, в свою очередь, может стать основой для возникновения новой вспомогательной гипотезы в правовой доктрине. Как отмечает Х. И. Гаджиев, достоинства, совершенство доктрины проверяются на практике, которая при необходимости изменяет ее, отказывается от нее либо создает новую<sup>65</sup>. Однако коррекции со стороны судебной доктрины может быть подвергнута только вспомогательная гипотеза, но не идейное «твердое» ядро цивилистической доктрины. Даже законодатель обладает ограниченной возможностью по изменению исследовательской программы и коррекции «твердого ядра» цивилистической доктрины.

Строение частного права объективно, его схема задана «твердым ядром» исследовательской программы цивилистической доктрины.

Цивилистическая доктрина одновременно выступает как самодостаточная система, обоснованная в силу своего последовательного характера, и как ризоморфный феномен, открытый для получения новых данных из внешних источников. Доктрина не только описывает существующее право, в своей исследовательской программе она формирует совокупность вспомогательных гипотез, определяющих векторы в развитии частного права. Источником для таких вспомогательных гипотез может быть судебная доктрина, поскольку правовая доктрина способна легитимизировать, обосновать и оправдать выработанную судебной практикой новеллу, включив ее в свою сферу.

Вопрос о формировании судебных доктрин неразрывно связан с проблемой так называемого «судейского активизма»<sup>66</sup> и судебного правотворчества. Считается, что «судейский активизм» является прерогативой англосаксонской прецедентной правовой традиции (*common law*), в которой суд выступает в качестве «творца» права. Однако и в странах, относящихся к сфере *common law*, продолжается дискуссия в отношении установления пределов реализации судом своей правотворческой функции<sup>67</sup>.

В континентальной правовой системе традиционно «судейский активизм» воспринимается негативно, поскольку он противоречит основополагающим юридическим установкам эпохи Просвещения (модерн), что источником права должна быть законодательная, а не судебная власть. Например, можно указать на знаменитый тезис Монтескье, что судья должен быть простым глашатаем закона<sup>68</sup>.

Однако на смену эпохе модерна уже давно пришел постмодерн, прецедент становится источником права и для континентальной правовой системы. Наиболее рельефно этот тезис можно проиллюстрировать на примере практики европейских «наднациональных» судов, основанной на «неписаном» праве, обозначенном в качестве «общей конституционной традиции»,

<sup>64</sup> Ибрагимова Ю. Э. Указ. соч. С. 172–185.

<sup>65</sup> Гаджиев Х. И. Указ. соч. С. 14–27.

<sup>66</sup> См.: Kmiec K. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism” // California Law Review. 2004. № 92. P. 1441, 1451.

<sup>67</sup> См.: Judicial Activism in Common Law Supreme Courts / ed. Brice Dickson. OUP, 2007.

<sup>68</sup> Arnulf A. M. Judicial Activism and the Court of Justice: How Should Academics Respond? : Maastricht Faculty of Law Working Paper (January 17, 2012). № 2012-3 // URL: <https://ssrn.com/abstract=1986817> ; URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1986817>.

которое стало источником для формирования обязательных правовых позиций суда ЕС<sup>69</sup>.

Представляет интерес практика Европейского Суда Справедливости (Court of Justice of the European Union), основанная на «неписаном» праве, обозначенном как общие принципы гражданского права (the general principles of civil law), которые стали рассматриваться в качестве источника европейского гражданского права<sup>70</sup>. В литературе отмечается, что данные основополагающие принципы уже существовали, прежде чем Суд к ним обратился<sup>71</sup>. Основополагающие принципы в данных ситуациях реализовывали три классические функции «неписаного» преторского или судейского (judge-made) права: толкования (интерпретация — interpretation) — *secundum legem*; заполнения пробелов (gap-filling) — *praeter legem*, а также корректировки — *contra legem*<sup>72</sup>.

Ральф Пошер в этой связи отмечает, что уже древнеримские юристы выделяли судебные решения *secundum legem* (в соответствии с законом), *praeter legem* (за пределами закона) и *contra legem* (вопреки закону)<sup>73</sup>. Так, древнеримский юрист Эмилий Папиниан утверждал, что преторское право было введено для толкования, дополнения или исправления гражданского права в целях общественной пользы (D. 1.1.7), поскольку оно «является **живым** голосом гражданского права» (D. 1.1.8)<sup>74</sup>.

М. Хесселинк в своей работе указывает на позицию немецкого цивилиста Ф. Виакера, сформулировавшего функции добросовестности (ст. 242 ГГУ) по аналогии с указанными

Папинианом функциями преторского права. Подобная классификация функций добросовестности (интерпретация, дополнение и исправление) известна в Италии, Нидерландах и Бельгии, прослеживается в доктринах Греции и Португалии. М. Хесселинк отмечает, что рассмотренная триада функций добросовестности может быть отнесена к правовому «общеевропейскому ядру» (European common core)<sup>75</sup>. В литературе также была высказана позиция, что трихотомия функций добросовестности Ф. Виакера может быть использована для применения Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА и Конвенции ООН о международной купле-продаже товаров<sup>76</sup>.

По мнению М. Хесселинка, добросовестность не является основной нормой как договорного права, так и частного права в целом, поскольку вообще не является нормой — это глашатай, через которого говорят новые правила, или колыбель, в которой они рождаются. Применяя добросовестность, судьи создают новые правила поведения, уточняющие, дополняющие или исправляющие нормы писаного права. Эмансипация судей произошла под покровом добросовестности и справедливости. Судья как творец новых правил, дополняющих или исправляющих закон, вышел на сцену под маской добросовестности. Вместо традиционного «бегства в общие оговорки» (Die Flucht in die Generalklauseln) в наступившую эпоху постмодерна пришло время признать, что в деятельности судьи нет ничего постыдного и он может сорвать с себя маску. В результате автор

<sup>69</sup> Исполинов А. С. Эволюция практики Суда Европейского Союза в сфере прав человека (1952–2009) // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2013. № 4. С. 80–91.

<sup>70</sup> Например, к общим принципам гражданского права относятся: добросовестность, недопустимость несправедливого обогащения, удовлетворительный баланс интересов, справедливое распределение рисков. См.: Hesselink M. W. The General Principles of Civil Law: their Nature, Roles and Legitimacy // Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2011-14. URL: <http://ssrn.com/abstract=1932146>; Hartkamp A. S. The effect of the EC Treaty in Private law: on direct and indirect horizontal effect of Primary Community Law // European Review of Private Law. 2010. Vol. 18. P. 527–548.

<sup>71</sup> См.: Hesselink M. W. The General Principles of Civil Law: their Nature, Roles and Legitimacy.

<sup>72</sup> См.: Tridimas T. The General Principles of EU Law. Second ed. Oxford, 2006. P. 19.

<sup>73</sup> Poscher R. The Hermeneutical Character of Legal Construction // Law's Hermeneutics: Other Investigations / eds. S. Glanert, F. Girard. London: Routledge, 2017. P. 207–228. URL: <https://ssrn.com/abstract=2696486>.

<sup>74</sup> Салтыков К. Г. Интерпретационная вариативность терминологии римского права // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2016. № 2 (34). С. 49–54.

<sup>75</sup> Hesselink M. W. The Concept of Good Faith // Towards a European civil code / eds. A. S. Hartkamp, M. W. Hesselink [et al.]. 4th rev. and exp. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. P. 619–649. URL: <https://ssrn.com/abstract=1762630>.

<sup>76</sup> См.: Schlechtriem P. Good Faith in German Law and in International Uniform Law // Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero / Dir. da M. J. Bonelli. Saggi, conferenze e seminari. 24. Roma, 1997. P. 8.

формулирует альтернативный взгляд в отношении добросовестности, рассматривая ее как пустой концепт, указывающий лишь на предполагаемые слабые места в правовой системе, которые должны быть устранены судами путем формулирования соответствующих дополнений и исправлений. При этом такие слабые места могут быть устранены и без ссылки на добросовестность. По своему содержанию добросовестность аналогична римскому преторскому праву (*ius honorarium*)<sup>77</sup>.

Таким образом, М. Хесселинк попал в своеобразный порочный круг. С одной стороны, он отрицает самостоятельное значение добросовестности, рассматривая ее в качестве простой ширмы для «судейского активизма», новой, постмодернистской ипостаси преторского права (*ius honorarium*). С другой стороны, во многих своих работах он признает основополагающее значение добросовестности в эволюции цивилистической доктрины.

Например, в более поздней работе, посвященной «пост-приватному» праву, М. Хесселинк указывает на «устоявшийся миф», согласно которому сущность частного права сводится к формальному пониманию автономии, свободы договора и корректирующей справедливости. Однако этот миф даже отдаленно не соответствует современному состоянию гражданского права на континенте, поскольку оно социализировалось на протяжении всего двадцатого столетия. Указанная социализация частного права была основана на концепции добросовестности (*Treu und Glauben*) путем применения правила § 242 ГГУ<sup>78</sup>.

На тенденцию по социализации гражданского права указывал еще в начале XX столетия Леон Дюги<sup>79</sup>. В российской науке данная тенденция подробно проанализирована в работах Е. В. Богданова<sup>80</sup>.

Так, именно на основе добросовестности были разработаны судебные доктрины конвалидации сделки, запрета на противоречивое поведение (доктрина *venire contra factum proprium*), преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*), обязанности по сотрудничеству и т.д., которые впоследствии были имплементированы в кодексы европейских стран<sup>81</sup>. Получается, добросовестность стала той дверью, через которую в право проникла этика<sup>82</sup>.

В этой связи Р. Циммерман указывает на ре-материализацию (*re-materialization*) и этический ренессанс в гражданском праве<sup>83</sup>. Этический ренессанс основывается на «соединительном тезисе», согласно которому «понятию права должно быть дано определение, включающее в себя моральные элементы»<sup>84</sup>. В своей философско-правовой концепции Г. Радбрух поднял проблему «несправедливого права» и сформулировал тезис, согласно которому очевидно противоречащий естественному праву (*lex naturalis*) закон не является справедливым и обязательным к исполнению (*Radbruchsche Formel*)<sup>85</sup>.

По мнению В. Д. Зорькина, «с аксиологической и онтологической точек зрения право, как норма свободы, выраженная в равенстве или справедливости, не тождественно закону. Право, как норма свободы, как масштаб равенства

<sup>77</sup> Hesselink M. W. The Concept of Good Faith.

<sup>78</sup> Hesselink M. W. Post-Private Law? // *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Liber Amicorum for H. Micklitz, K. P. Purnhagen, P. Rott (eds.) (September 4, 2014). P. 31–43 ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2014-09, Amsterdam Law School Research Paper № 2014-48. URL: <https://ssrn.com/abstract=2491525>.

<sup>79</sup> Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона / под ред. и с предисл. А. Г. Гойхбарга : пер. М. М. Сиверс. М. : Гос. изд-во, 1919. 110 с.

<sup>80</sup> См., например: Богданов Е. В. Влияние научных взглядов Леона Дюги на развитие гражданского права // *Журнал российского права*. 2008. № 6. С. 32–38.

<sup>81</sup> Hesselink M. W. Post-Private Law?

<sup>82</sup> Terre F., Simler P., Lequette Y. *Droit civil // Les obligations*. 6th ed. Paris, 1996. № 414.

<sup>83</sup> Zimmerman R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law // The Civilian Tradition Today*. Oxford University Press, 2011. P. 174.

<sup>84</sup> Алекси П. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М., 2011. С. 3–4.

<sup>85</sup> Radbruch G. *Gesetzliches Unrecht und uebergesetzliches Recht // Sueddeutsche Juristen-Zeitung*. 1946. См. также: Серебренникова А. В. К 70-летию Нюрнбергского процесса: «формула Радбруха» (*radbruchsche Formel*) и опыт ее применения на практике после объединения Германии // *Пробелы в российском законодательстве*. 2016. № 7. С. 112–117.



и справедливости в политическом обществе, является сущностным содержанием закона. Закон есть наиболее цивилизованная форма права. Право возводится в форму закона. Поэтому верховенство права и верховенство закона также не тождественные, хотя и взаимосвязанные понятия»<sup>86</sup>.

Такой подход к правопониманию позволяет обосновать феномен бытия основополагающих принципов права, выделяемых как европейскими судами, так и Конституционным Судом РФ<sup>87</sup>. Однако если право имеет вне-законотворческий и до-законотворческий характер, то что тогда является его источником, метаюридическим основанием?

Н. С. Бондарь считает, что «справедливость, равенство и свобода являются в этом смысле некой правовой (метаюридической) квинт-эссенцией судебного конституционализма, так как именно эти категории воплощают в себе основополагающие начала доктринально-нормативных решений Конституционного Суда РФ»<sup>88</sup>.

Указанная позиция заслуживает поддержки. Однако концепция справедливости в ее аристотелианской трактовке изначально основана на идее равенства, как арифметического (формального), так и геометрического (в пропорциях, право на справедливую долю)<sup>89</sup>. Поэтому, с учетом феномена этического ренессанса, в качестве метаюридических оснований (онтологических начал) гражданского права следует указать на справедливость, свободу и добросовестность. Представляя собой ценностное онтологическое ядро гражданского права, они одновременно выступают его конечными целями (альфа и омега гражданского права).

Данное правопонимание позволяет разрубить гордиев узел и выйти за пределы порочного круга, в который попал М. Хесселинк, поскольку добросовестность — это не «ширма для

судейского активизма» или постмодернистская ипостась преторского права (*ius honorarium*), добросовестность выступает одним из онтологических начал гражданского права и одновременно его конечной целью. Данный тезис свидетельствует о наличии права и за пределами текста закона. Добросовестность выступает в качестве портала для транслирования в цивилистическую доктрину этических стандартов, что и обуславливает ее эволюцию. Этика — это не ширма, а сфера социального бытия. Задача судебной системы — транслировать социальные этические стандарты в правоприменительной практике.

Одновременно этический ренессанс способствует выработке новых судебных доктрин, что является проявлением преторского права (*ius honorarium*) в современных реалиях. Добросовестность выступает как начало и цель формирования такого постмодернистского преторского права.

Сомнения М. Хесселинка могут быть разрешены на диалектической основе применением закона отрицания отрицания и «снятием по Гегелю». Это позволяет объяснить качественное изменение системы («снятие») с одновременным сохранением прежнего ее состава и (или) формы. Диалектический закон отрицания отрицания выражается в развитии по спирали<sup>90</sup>. Как отмечал В. И. Свидерский, «суть же диалектического отрицания состоит в том, что новое состояние включает в себя в снятом, преобразованном виде положительное содержание предшествующего состояния»<sup>91</sup>. Таким образом, постмодернистская ризоморфная судебная доктрина, развиваясь по спирали, сохраняет в себе положительное содержание преторского права.

В современной российской юридической науке все большую поддержку начинает получать

<sup>86</sup> Зорькин В. Д. Ценностный подход в конституционном регулировании прав и свобод // Журнал российского права. 2008. № 12. С. 3–14.

<sup>87</sup> См., например: Зорькин В. Д. Конституционный суд и развитие гражданского права // Российский судья. 2012. № 3. С. 5–13; Гаджиев Г. А. Конституционные основы юридической ответственности и конституционно-правовая ответственность // Журнал российского права. 2014. № 1. С. 7–15.

<sup>88</sup> Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма: Инфра-М, 2011. С. 233.

<sup>89</sup> Engdard I. Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times. Oxford University Press, 2009. 256 p.

<sup>90</sup> Жилин В. И. Диалектический закон отрицания отрицания: «снятие» по Гегелю // Гуманитарный вектор. 2017. № 1. С. 100–105.

<sup>91</sup> Свидерский В. И. О современном понимании закона отрицания отрицания // Диалектика отрицания отрицания. М.: Политиздат, 1983. С. 59–71.

«судейский активизм», связанный с судебным правотворчеством и формированием новых судебных доктрин. Конечно, высказывается и позиция *contra*, однако аргументы, как правило, ограничиваются традиционными формальными тезисами о том, что Россия относится к континентальной правовой семье, в которой источником права является принятый в установленном порядке нормативный правовой акт, а не судебный прецедент<sup>92</sup>.

Заслуживает внимания позиция В. В. Момотова, отстаивающего социологический подход в понимании права (учение о «живом праве»)<sup>93</sup>, основывающийся на тезисе, что составными элементами права являются не только правовые нормы, но и правоотношения, в которых эти нормы «живут». Как отмечает указанный автор, именно в судебных постановлениях наиболее полно проявляется то, как та или иная норма права «живет» в обществе<sup>94</sup>. Таким образом, отстаивается тезис О. Эрлиха о необходимости изучения права в его динамике, противопоставляемого статичному изучению права в традиционной юридической догматике<sup>95</sup>.

Другие российские авторы прямо признают нормативную природу актов высших судов. Так, М. Н. Марченко указывает на нормативный и общий прецедентный характер постановлений Конституционного Суда РФ и Пленумов Верховного Суда РФ. Акты по конкретным делам автор квалифицирует в качестве индивидуальных актов<sup>96</sup>.

Следует отметить, что судебный прецедент представляет собой решение, принятое по конкретному делу и содержащее абстрактное пра-

вило (*ratio decidendi*), которое становится обязательным для других судов при рассмотрении аналогичных дел<sup>97</sup>. Поэтому не вполне корректным представляется тезис М. Н. Марченко об «общем прецедентном характере» постановлений пленумов Верховного Суда РФ, поскольку они представляют собой свод абстрактных положений, непосредственно не связанных с рассмотрением конкретных споров<sup>98</sup>. Спорным является и вывод относительно квалификации решений Верховного Суда РФ лишь в качестве индивидуальных актов, поскольку судебная доктрина может быть сформулирована и на основе одного или нескольких решений (определений) Верховного Суда РФ.

В этой связи заслуживает внимания позиция советского ученого С. И. Вильнянского, считающего, что судебная практика — это «сложившиеся при разрешении судами однородных конкретных дел правовые положения, которые возникают в результате единообразного и многократного применения норм к отношениям, не урегулированным с исчерпывающей ясностью или неполно урегулированным соответствующим законом»<sup>99</sup>.

Тезис С. И. Вильнянского раскрывает сущность судебной доктрины и соответствует ее трактовке в англосаксонской научной литературе, рассматривающей судебную доктрину в качестве правила, выработанного на основе уже рассмотренных дел, обретающего самостоятельное от них бытие и применяемого для разрешения последующих споров без учета фактических обстоятельств, при которых оно первоначально возникло<sup>100</sup>. Таким образом,

<sup>92</sup> См.: *Василенко А. А.* К вопросу о роли практики Высших судебных инстанций в системе источников современного отечественного гражданского права // *Вопросы российской юстиции.* 2019. № 1. С. 154–163.

<sup>93</sup> См.: *Ehrlich E.* Fundamental Principles of the Sociology of Law. 2002. P. 340; *Ehrlich E.* The Sociology of Law // 36 Harvard Law Review. 1922–1923. P. 141.

<sup>94</sup> *Момотов В. В.* Роль судебной практики в правовой системе: российский опыт в мировом контексте // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения.* 2017. № 5 (66). С. 40–49.

<sup>95</sup> См.: *Антонов М. В.* Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2012. № 4. С. 39–50.

<sup>96</sup> *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судебское право. М.: Проспект, 2011. 512 с.

<sup>97</sup> *Загайнова С. К.* Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М.: Норма, 2002. 176 с.; *Кросс Р.* Прецедент в английском праве / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. Ф. М. Решетникова. М.: Юрид. лит-ра, 1985. 238 с.

<sup>98</sup> См.: *Момотов В. В.* Указ. соч. С. 40–49.

<sup>99</sup> *Вильнянский С. И.* Значение судебной практики в гражданском праве // *Ученые труды ВИЮН.* Вып. 9. М., 1947. С. 240.

<sup>100</sup> *Lackland H., Bloom Jr.* Op. cit. P. 205, 257, 350.

судебная доктрина устанавливает правила для разрешения споров в будущем<sup>101</sup>, формулирует правила принятия судебных решений<sup>102</sup>.

Можно утверждать, что судебная доктрина может быть сформирована на основе одного или нескольких определений Верховного Суда РФ и транслироваться в качестве абстрактного правила при рассмотрении новых споров. Судебная доктрина будет присутствовать там, где жизнь бьет ключом, где судебная практика (по сути преторское право), отражая эволюцию социальных отношений, выполняет сформулированную Э. Папинианом, Ф. Виакером и М. Хесселингом триаду функций по интерпретации, дополнению и исправлению права.

Например, Ю. Э. Ибрагимова отмечает, что в национальной судебной практике необходимость предотвращения злоупотреблений и следование принципу добросовестности привели к появлению судебной доктрины эстоппеля<sup>103</sup>.

Действительно, указанная судебная доктрина первоначально формировалась на основе отдельных актов высших судов, которые руководствовались абстрактным правилом о недопустимости непоследовательного и противоречивого поведения<sup>104</sup>. Впоследствии судебная доктрина была имплементирована в ГК РФ в ходе законодательной реформы, что выразилось в поправках в ст. 166, 431.1, 432, 450.1 ГК РФ.

Помимо указанной, в российской правоприменительной практике было сформулировано множество судебных доктрин, направленных на реализацию функций преторского права по толкованию, дополнению и исправлению закона. Такой судейский активизм, в частности, обусловлен наличием в тексте закона множества норм, содержащих оценочные понятия.

В качестве примера формирования судебной доктрины *secundum legem*, направленной на толкование закона и смысловое наполнение оценочного понятия, представляет интерес толкование понятия «эквивалентный признак» (п. 3 ст. 1358 ГК РФ). В российской судебной практике была сформулирована правовая позиция<sup>105</sup>, аналогичная так называемому троичному тесту эквивалентности, активно используемому судами в США. По данному троичному тесту эквивалентности (Function/Way/Result) необходимо установить, что техническое решение нарушителя реализует тождественную функцию аналогичным путем в целях получения того же результата<sup>106</sup>.

Имеется множество примеров реализации российскими судами функции *praeter legem*, направленной на дополнение действующего законодательства. Как отмечается в литературе, принимая решения *praeter legem*, суды последовательно придерживаются линии, выходящей за рамки закона (за пределы закона)<sup>107</sup>. Однако, в отличие от решений *contra legem*, судебные решения *praeter legem* не противоречат закону, напротив, они делают только то, что «закон желал бы, но сам не может исполнить»<sup>108</sup>.

Действующее гражданское законодательство предусматривает легальные инструменты для дополнения закона и восполнения в нем пробелов, к которым относятся аналогия закона и аналогия права (ст. 6 ГК РФ). Так, при аналогии закона пробел в правовом регулировании общественных отношений восполняется посредством применения нормы, регулирующей сходные отношения.

Как отмечается в научной литературе, пробелы содержатся не в праве как таковом, а в

<sup>101</sup> Tiller E. H., Cross F. B. Op. cit.

<sup>102</sup> Denning B. P., Kent M. B. Op. cit.

<sup>103</sup> Ибрагимова Ю. Э. Указ. соч. С. 172–185.

<sup>104</sup> См., например: п. 7 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными»; постановление Президиума ВАС РФ от 13.12.2011 № 10473/11 по делу № А07-16356/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>105</sup> Постановление Суда по интеллектуальным правам от 01.02.2017 № С01-984/2016 по делу № А41-70419/2014; определение Верховного Суда РФ от 29.05.2017 № 305-ЭС17-5360 по делу № А41-70419/2014.

<sup>106</sup> Graver Tank & Manufacturing Co v. Linde Air Products Co (1950).

<sup>107</sup> Zeno-Zencovich V. Comparative Legal Systems: A Short and Illustrated Introduction (April 3, 2019) // Vol. 5 of "L'Unità del diritto" series — Roma Tre Law Department — Roma TrE-Press, 2019. ISBN: 978-88-32136-20-3. URL: <https://ssrn.com/abstract=3367335>.

<sup>108</sup> Chambers R. A Course of Lectures on the English Law, 1767–1773, at 228–63 / ed. M. Th. Curley. Univ. of Wis. Press, 1986.

нормативном акте. Суд может преодолевать пробелы в конкретных спорах (*ad hoc*) посредством применения аналогии закона, поэтому пробела в праве нет, пробел в праве является мнимым. При аналогии закона применяется не закон, а принципы и (или) нормы права, содержащиеся в законе<sup>109</sup>.

Данный инструмент дополнения закона активно используется в современной правоприменительной практике, что также является проявлением «живого» преторского права. Примером аналогии закона является применение к спорным отношениям, связанным с принудительной лицензией (ст. 1239 ГК РФ), правила п. 1 ст. 445 ГК РФ, регулирующего порядок заключения договора в обязательном порядке<sup>110</sup>.

Аналогия права связана с невозможностью аналогии закона, поэтому права и обязанности участников правоотношений определяются судом исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости. Как отмечает в этой связи Мартин Хесселинк, при регулировании отношений, входящих в предмет гражданского права, целесообразнее переходить от регулирования с помощью норм к регулированию с помощью принципов<sup>111</sup>.

Одним из примеров названного регулирования с помощью принципов является разработанная в российской правоприменительной практике судебная доктрина, связанная с дифференциацией конкурсных кредиторов в зависимости от их участия в образовании конкурсной массы<sup>112</sup>.

Вызывает интерес вопрос о допустимости в России судебной доктрины *contra legem*, преторского «живого» права, направленного на исправление закона. Следует отметить, что в

отечественной литературе многими авторами высказываются позиции *contra* в отношении самой возможности применения судебной доктрины *contra legem*<sup>113</sup>.

Следует отметить, что необходимо дифференцировать судебское усмотрение *contra legem* в части его противоречия с отдельной нормой закона или правовым принципом. Действительно, недопустима правоприменительная практика, вступающая в конфликт с основополагающими принципами и началами гражданского права. С другой стороны, возможно формирование судебной доктрины, направленной на регулирование с помощью принципов, при котором сверхимперативное применение справедливости или добросовестности как начал гражданского права будет направлено на исправление отдельной нормы позитивного закона. Так, Генри Смит квалифицирует справедливость в качестве «мета-права», обеспечивающего компромисс между формализмом и контекстуализмом, обеспечивающим верховенство права<sup>114</sup>.

В качестве примера формирования судебной доктрины *contra legem*, основанной на сверхимперативном применении справедливости, можно указать на практику, нивелирующую «некомпенсационную» модель возмещения потерь по правилам ст. 406.1 ГК РФ. Некомпенсационность соглашения о возмещении потерь обусловлена тем, что разработчики данной спорной новеллы сформулировали правило, что суд не может уменьшить размер возмещения потерь, за исключением случаев, когда доказано, что сторона умышленно содействовала увеличению размера таких потерь (п. 2 ст. 406.1 ГК РФ).

Российский институт возмещения потерь в некоторой степени связан с англосаксонскими

<sup>109</sup> См.: Ершов В. В. Пробелы в праве: правовая природа и способы преодоления // Российское правосудие. 2016. № 4 (120). С. 5–12; Николюкин С. В. К вопросу о применении судами аналогии закона при рассмотрении жилищных споров // Семейное и жилищное право. 2018. № 6. С. 45–48.

<sup>110</sup> См.: п. 43 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>111</sup> См.: Hesselink M. W. The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission // Global Jurist Frontiers. 2001. Vol. 1. Is. 1. P. 11.

<sup>112</sup> См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2019) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 24.04.2019) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>113</sup> Курбатов А. Я. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М.: Юстицинформ, 2013. 172 с.

<sup>114</sup> Smith H. E. Equity as Meta-Law // Yale Law Journal, Forthcoming, Harvard Public Law Working Paper (October 15, 2020). № 20-33. URL: <https://ssrn.com/abstract=3734662>; URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3734662>.



индемнити (imdemnity), являющимися компенсационными по своей природе<sup>115</sup>. В этой связи Верховный Суд РФ откорректировал *contra legem* неудачное правило ст. 406.1 ГК РФ, указав на компенсационный характер возмещения потерь<sup>116</sup>.

Усиление начал справедливости и добросовестности в современных гражданских кодификациях является свидетельством рождения новой парадигмы гражданского права, гражданского права постмодерна. Как отмечается в иностранной литературе, теоретические модели, разработанные в период модерна и индустриальной эры, в настоящее время переживают свой кризис, поскольку они уже не могут охватить современные реалии, которые отмечены плюрализмом, культурной и экономической глобализацией, а также усложнением социальной структуры<sup>117</sup>. Указанные социальные вызовы и порождают в том числе необходимость судебных доктрин, направленных на переосмысление и интерпретацию позитивного права, его дополнения и корректировки.

Все большее использование в современных кодификациях абстрактных (оценочных) понятий делает правовую систему более открытой и гибкой по отношению к социальным реалиям и

требованиям постмодерна<sup>118</sup>, поскольку позволяет транслировать социальные ценности, цели и императивы в сферу регулирования гражданских правоотношений. Значение и пределы оценочного понятия не высечены на камне, поэтому они могут меняться при их толковании, поскольку право всегда было комбинированием закона и юриспруденции<sup>119</sup>.

Живое бытие гражданскому праву обеспечивает диалектическое единство правовой и судебной доктрины, каждая из которых реализует свою функциональную триаду. Правовая доктрина не только описывает существующее право, но и предписывает необходимость его совершенствования, в том числе посредством формирования соответствующей судебной доктрины. Таким образом, судебная доктрина получает соответствующий научный субстрат (обоснование *ex-ante*) для последующей новеллизации правового регулирования общественных отношений путем интерпретации, дополнения и исправления позитивного права. Сформулированные судебной доктриной новеллы должны быть оправданны (обоснование *ex-post*), что служит толчком для дальнейшего развития правовой доктрины и ведет к новому витку эволюции «живого» права.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 192 с.
2. Антонов М. В. Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2012. — № 4. — С. 39–50.
3. Богданов Е. В. Влияние научных взглядов Леона Дюги на развитие гражданского права // Журнал российского права. — 2008. — № 6. — С. 32–38.
4. Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. — М. : Норма : Инфра-М, 2011. — 543 с.
5. Бурханов Р. А. Вещь в себе и явление, ноумен и феномен, трансцендентальное, имманентное и трансцендентное в теоретической философии Иммануила Канта // Манускрипт. — 2016. — № 3-2. — С. 34–36.
6. Волков В. Н. Постмодерн и его основные характеристики // Культурное наследие России. — 2014. — № 2. — С. 3–8.

<sup>115</sup> Courtney W. B. The Nature of Contractual Indemnities // Journal of Contract Law. 2011. Vol. 27. № 1. P. 1–17.

<sup>116</sup> См.: п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 (ред. от 22.06.2021) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>117</sup> Barroso L. A., Stiel L. P. The role of objective good faith in current contract law: For a general duty of inter parties cooperation and solidarity // Journal of Civil Law Studies. 2015. Vol. 8. № 1. P. 187–207.

<sup>118</sup> Barroso L. A., Stiel L. P. Op. cit. P. 187–207.

<sup>119</sup> Mekki M. The General Principles of Contract Law in the “Ordonance” on the Reform of Contract Law // Louisiana Law Review. 2016. Vol. 76. № 4. P. 1211.

7. Гаджиев Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения // Журнал российского права. — 2019. — № 6. — С. 14–27.
8. Делёз Ж., Гваттари Ф. Капитализм и шизофрения. Тысяча плато. — Екатеринбург, 2010.
9. Жилин В. И. Диалектический закон отрицания отрицания: «снятие» по Гегелю // Гуманитарный вектор. — 2017. — № 1. — С. 100–105.
10. Зайцев О. В. Проблемные вопросы доктрины гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. — 2014. — № 1. — С. 111–117.
11. Зорькин В. Д. Ценностный подход в конституционном регулировании прав и свобод // Журнал российского права. — 2008. — № 12. — С. 3–14.
12. Ибрагимова Ю. Э. Роль судебных доктрин в практике арбитражных судов // Журнал российского права. — 2020. — № 4. — С. 172–185.
13. Исполинов А. С. Эволюция практики Суда Европейского Союза в сфере прав человека (1952–2009) // Вестник Московского университета. Серия 11 : Право. — 2013. — № 4. — С. 80–91.
14. Момотов В. В. Роль судебной практики в правовой системе: российский опыт в мировом контексте // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2017. — № 5 (66). — С. 40–49.
15. Лазарев В. В. Толкование права: классика, модерн и постмодерн // Журнал российского права. — 2016. — № 8. — С. 15–28.
16. Лакатос И. Избранные произведения по философии и методологии науки / пер. с англ. И. Н. Веселовского, А. Л. Никифорова, В. Н. Поруса. — М. : Академический проект ; Трикта, 2008. — 475 с.
17. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. — М. : Инфра-М, 1999.
18. Николюкин С. В. К вопросу о применении судами аналогии закона при рассмотрении жилищных споров // Семейное и жилищное право. — 2018. — № 6. — С. 45–48.
19. Плахов А. С. Границы дисциплинарного описания науки: ризоматический подход // Epistemology & Philosophy of Science. — 2014. — № 4 (42). — С. 143–154.
20. Пряхина Т. М. Конституционная доктрина современной России : дис. ... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2004.
21. Салтыков К. Г. Интерпретационная вариативность терминологии римского права // Юридическая наука и практика : Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2016. — № 2 (34). — С. 49–54.
22. Синельникова Л. Н. Ризома и дискурс интермедиальности // Вестник РУДН. Серия «Лингвистика». — 2017. — № 4. — С. 805–821.
23. Тарибо Е. В. Судебно-конституционная доктрина «факультативности налоговых льгот»: пределы применения // Журнал конституционного правосудия. — 2013. — № 2. — С. 10–17.
24. Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. — 2009. — № 2.
25. Чашин А. Н. Правовая доктрина: ипостаси и ризомность // Евразийская адвокатура. — 2019. — № 2 (39). — С. 92–96.
26. Яркова Е. Н. История и методология юридической науки : учеб. пособие. — Тюмень, 2012.
27. Arnull A. M. Judicial Activism and the Court of Justice: How Should Academics Respond? — Maastricht Faculty of Law Working Paper (January 17, 2012). — № 2012-3. — URL: <https://ssrn.com/abstract=1986817>.
28. Bloom L. H. Methods of Interpretation: How the Supreme Court Reads the Constitution. — Oxford University Press, 2009. — 350 p.
29. Calabresi G. The New Economics Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-indulgence? // Proceedings of the British Academy. — 1982. — Vol. 68. — P. 85–89.
30. Denning B. P., Kent M. B. Judicial Doctrine as Risk Regulation // Tennessee Law Abstract. — 2015. — Vol. 8. — № 2. — URL: <https://ssrn.com/abstract=2401704>.
31. Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. — Routledge, 2002. — 608 p.
32. Englund I. Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times. — Oxford University Press, 2009. — 256 p.
33. Goldberg J. C. P. Introduction: Pragmatism and Private Law // Harvard Law Abstract. — 2012. — Vol. 125. — P. 1640–1650.
34. Gordley J. Foundation of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. — Oxford University Press, 2006.

35. *Grechenig K., Gelter M.* The transatlantic divergence in legal thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism // *Hastings International & Comparative Law Abstract.* — 2008. — Vol. 31. — № 1. — P. 295–360.
36. *Hartkamp A. S.* The effect of the EC Treaty in Private law: on direct and indirect horizontal effect of Primary Community Law // *European Review of Private Law.* — 2010. — Vol. 18. — P. 527–548.
37. *Hesselink M. W.* The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2011-14. — URL: <http://ssrn.com/abstract=1932146>.
38. *Hesselink M. W.* The Concept of Good Faith // *Towards a European civil code* / eds. A. S. Hartkamp, M. W. Hesselink [et al.]. — 4th rev. and exp. — Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2010. — P. 619–649. — URL: <https://ssrn.com/abstract=1762630>.
39. *Hesselink M. W.* Post-Private Law? // *Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz (September 4, 2014)* / eds. K. P. Purnhagen, P. Rott. — 2014. — P. 31–43. — DOI 10.1007/978-3-319-04903-8\_2 ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2014-09, Amsterdam Law School Research Paper № 2014-48. — URL: <https://ssrn.com/abstract=2491525>.
40. *Farber D. A.* The Rule of Law and the Law of Precedents // *Minnesota Law Abstract.* — 2006. — Vol. 90. — P. 1173–1179.
41. *Fisch J. E.* The Implications of Transition Theory for Stare Decisis // *Journal of Contemporary Legal Issues.* — 2003. — Vol. 13. — P. 93–122.
42. *Kmiec K.* The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism” // *California Law Abstract.* — 2004. — Vol. 92. — P. 1441–1451.
43. *Kozel R. J.* Stare Decisis as Judicial Doctrine // *Washington & Lee Law Abstract.* — 2010. — Vol. 67. — P. 411. — URL: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/374](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/374).
44. *Lamond Cf. G.* Analogical Reasoning in the Common Law // *Oxford Journal of Legal Studies.* — 2014. — Vol. 34. — P. 567–581.
45. *McCrudden Ch.* Legal Research and the Social Sciences // *Law Quarterly Abstract.* — 122 (2006).
46. *Posner R. A.* Utilitarianism, Economics and Legal Theory // *Journal of Legal Studies.* — 1979. — Vol. 8.
47. *Poscher R.* The Hermeneutical Character of Legal Construction // *Law’s Hermeneutics: Other Investigations* / eds. S. Glanert and F. Girard. — London : Routledge, 2017. — URL: <https://ssrn.com/abstract=2696486>.
48. *Smits J. M.* What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research // *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue* / eds. R. van Gestel, H.-W. Micklitz, E. L. Rubin. — Cambridge University Press, 2017. — P. 207–228.
49. *Schwartz E., Silverman C., Goldberg P.* Toward Neutral Principles of Stare Decisions in Tort Law // *South Carolina Law Abstract.* — 2006. — Vol. 58. — Iss. 2. — URL: <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol58/iss2/4>.
50. *Smith H. E.* Equity as Meta-Law // *Yale Law Journal, Forthcoming, Harvard Public Law Working Paper (October 15, 2020).* — № 20-33. — URL: <https://ssrn.com/abstract=3734662>.
51. *Stephens P. J.* The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis // *Syracuse Law Abstract.* — 1998. — Vol. 48. — URL: <https://ssrn.com/abstract=1349982>.
52. *Tiller E. H., Cross F. B.* What is legal doctrine? // *Northwestern University Law Abstract.* — 2006. — Vol. 100. — P. 517–533.
53. *Weinrib E. J.* The Idea of Private Law, Cambridge Mass. — Harvard University Press, 1995.
54. *Weinrib E. J.* Legal formalism // *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* / ed. D. Patterson. — 2nd ed. — Oxford, 2010. — P. 327–335.
55. *Westerman P. C.* Open or Autonomous? // *Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* / ed. M. Van Hoecke. — Oxford : Hart, 2011.
56. *Zimmerman R.* Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today. — Oxford University Press, 2011. — 224 p.

Материал поступил в редакцию 10 сентября 2021 г.

## REFERENCES

1. Aleksi R. Ponyatie i deystvitelnost prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu) [The concept and validity of law (response to legal positivism)]. Moscow: Infotropik Media; 2011. (In Russ.)
2. Antonov MV. Put i perspektivy pravovogo ucheniya Oygena Erlikha [The path and prospects of Eugen Ehrlich's legal teaching]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* [Law. Journal of the Higher School of Economics]. 2012;4:39-50. (In Russ.)
3. Bogdanov EV. Vliyanie nauchnykh vzglyadov Leona Dyugi na razvitie grazhdanskogo prava [The influence of Leon Dugi's scientific views on the development of civil law]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava* [Journal of Russian Law]. 2008;6:32-38. (In Russ.)
4. Bondar NS. Sudebnyy konstitutsionalizm v Rossii v svete konstitutsionnogo pravosudiya [Judicial constitutionalism in Russia in the light of constitutional justice]. Moscow: Norma: Infra-M; 2011. (In Russ.)
5. Burkhanov RA. Veshch v sebe i yavlenie, noumen i fenomen, transtsendentalnoe, immanentnoe i transtsendentnoe v teoreticheskoy filosofii Immanuila Kanta. [Thing-in-itself and event, noumenon and phenomenon, transcendental, immanent and transcendent in the theoretical philosophy of Immanuel Kant]. *Manuscript* [The manuscript]. 2016;3-2:34-36. (In Russ.)
6. Volkov VN. Postmodern i ego osnovnyye kharakteristiki [Postmodern and its main characteristics]. *Kulturnoe nasledie Rossii* [Cultural heritage of Russia]. 2014;2:3-8. (In Russ.)
7. Gadzhiev HI. Sudebnye doktriny i effektivnost pravoprimeneniya [Judicial doctrines and the effectiveness of law enforcement]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava* [Journal of Russian Law]. 2019;6:14-27. (In Russ.)
8. Deleuze G, Guattari F. Kapitalizm i shizofreniya. Tysyacha plato [Capitalism and schizophrenia. A thousand plateaus]. Ekaterinburg; 2010. (In Russ.)
9. Zhilin VI. Dialekticheskiy zakon otritsaniya otritsaniya: «snyatie» po Gegelyu [Dialectical law of negation of negation: "Withdrawal" according to Hegel]. *Gumanitarniy vektor* [Humanitarian Vector]. 2017;1:100-105. (In Russ.)
10. Zaytcev OV. Problemnye voprosy doktriny grazhdanskogo prava [Problematic issues of the doctrine of civil law]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki* [Perm University Herald. Juridical Sciences]. 2014;1:111-117. (In Russ.)
11. Zorkin VD. Tsennostnyy podkhod v konstitutsionnom regulirovanii prav i svobod [The value approach in the constitutional regulation of rights and freedoms]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava* [Journal of Russian Law]. 2008;12:3-14. (In Russ.)
12. Ibragimova YuE. Rol sudebnykh doktrin v praktike arbitrazhnykh sudov [The role of judicial doctrines in the practice of arbitration courts]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava* [Journal of Russian Law]. 2020;4:172-185. (In Russ.)
13. Ispolinov AS. Evolyutsiya praktiki Suda Evropeyskogo Soyuza v sfere prav cheloveka (1952–2009) [Evolution of the practice of the Court of Justice of the European Union in the field of human rights (1952–2009)]. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 11. Pravo*. 2013;4:80-91. (In Russ.)
14. Momotov VV. Rol sudebnoy praktiki v pravovoy sisteme: rossiyskiy opyt v mirovom kontekste [The role of judicial practice in the legal system: Russian experience in the global context]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya* [Journal of Foreign Legislation and Comparative Law]. 2017;5(66):40-49. (In Russ.)
15. Lazarev VV. Tolkovanie prava: klassika, modern i postmodern [Interpretation of law: classics, modern and postmodern]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava* [Journal of Russian Law]. 2016;8:15-28. (In Russ.)
16. Lakatos I. Izbrannyye proizvedeniya po filosofii i metodologii nauki [Selected works on philosophy and methodology of science]. Translated from English by Veselovskiy IN, Nikiforov AL, Porusa VN. Moscow: Akademicheskii proekt: Triksa; 2008. (In Russ.)
17. Nersesyants VS. Obshchaya teoriya prava i gosudarstva [General theory of law and the state]. Moscow: Infra-M; 1999. (In Russ.)
18. Nikolyukin SV. K voprosu o primenenii sudami analogii zakona pri rassmotrenii zhilishchnykh sporov [On the issue of the courts' application of the analogy of the law in the consideration of housing disputes]. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo* [Family and housing law]. 2018;6:45-48. (In Russ.)
19. Plakhov AS. Granitsy distsiplinarnogo opisaniya nauki: rizomaticheskiy podkhod [The Boundaries of the Disciplinary Description of Science: A Rhizomatic Approach]. *Epistemology & Philosophy of Science*. 2014;4(42):143-154. (In Russ.)



20. Pryakhina TM. Konstitutsionnaya doktrina sovremennoy Rossii: dis. ... d-ra yurid. nauk [Constitutional doctrine of modern Russia. Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Saratov, 2004. (In Russ.)
21. Saltykov KG. Interpretatsionnaya variativnost terminologii rimskogo prava [Interpretative variability of Roman law terminology]. *Yuridicheskaya nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii* [Legal Science and practice: Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia]. 2016;2(34):49-54. (In Russ.)
22. Sinelnikova LN. Rizoma i diskurs intermedialnosti [Rhizome and discourse of intermediality]. *Vestnik RUDN. Seriya "Lingvustika"* [RUDN Journal. Series "Linguistics"]. 2017;4:805-821. (In Russ.)
23. Taribo EV. Sudebno-konstitutsionnaya doktrina «fakultativnosti nalogovykh lgot»: predely primeneniya [Judicial-constitutional doctrine of «optional tax benefits»: Limits of application]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya* [Journal of Constitutional Justice]. 2013;2:10-17. (In Russ.)
24. Khabrieva TYa. Doktrinalnoe znachenie rossiyskoy Konstitutsii [The doctrinal significance of the Russian Constitution]. *Zhurnal rossiyskogo prava* [Journal of Russian Law]. 2009;2. (In Russ.)
25. Chashin AN. Pravovaya doktrina: ipostasi i rizomnost [Legal doctrine: Hypostases and rhizomacy]. *Evraziyskaya advokatura* [Eurasian Advocacy]. 2019;2(39):92-96. (In Russ.)
26. Yarkova EN. Istoriya i metodologiya yuridicheskoy nauki: ucheb. posobie [History and methodology of legal science: A Study Guide]. Tyumen; 2012. (In Russ.)
27. Arnall AM. Judicial Activism and the Court of Justice: How Should Academics Respond? (January 17, 2012). Maastricht Faculty of Law Working Paper No 2012-3. Available from: <https://ssrn.com/abstract=1986817>.
28. Bloom LH. Methods of Interpretation: How the Supreme Court Reads the Constitution. Oxford University Press; 2009.
29. Calabresi G. The New Economics Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-indulgence? *Proceedings of the British Academy*. 1982;68:85-89.
30. Denning BP, Kent MB. Judicial Doctrine as Risk Regulation. *Tennessee Law Abstract*. 2015;8:2. Available from: <https://ssrn.com/abstract=2401704>.
31. Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. Routledge; 2002.
32. Englard I. Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times. Oxford University Press; 2009.
33. Goldberg JCP. Introduction: Pragmatism and Private Law. *Harvard Law Abstract*. 2012;125:1640-1650.
34. Gordley J. Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford University Press; 2006.
35. Grechenig K, Gelter M. The transatlantic divergence in legal thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. *Hastings International & Comparative Law Abstract*. 2008;31(1):295-360.
36. Hartkamp AS. The effect of the EC Treaty in Private law: On direct and indirect horizontal effect of Primary Community Law. *European Review of Private Law*. 2010;18:527-548.
37. Hesselink MW. The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2011-14. Available from: <http://ssrn.com/abstract=1932146>.
38. Hesselink MW. The Concept of Good Faith (December 10, 2010). Towards a European civil code. 4th rev. and exp. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; 2011.
39. Hesselink MW. Post-Private Law? In: Purnhagen KP, Rott P (eds.). *Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber Amicorum for Hans Micklitz*. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No 2014-09, Amsterdam Law School Research Paper No 2014-48. P. 31-43. Available from: <https://ssrn.com/abstract=2491525>. DOI 10.1007/978-3-319-04903-8\_2.
40. Farber DA. The Rule of Law and the Law of Precedents. *Minnesota Law Abstract*. 2006;90:1173-1179.
41. Fisch JE. The Implications of Transition Theory for Stare Decisis. *Journal of Contemporary Legal Issues*. 2003;13:93-122.
42. Kmiec K. The Origin and Current Meanings of «Judicial Activism». *California Law Abstract*. 2004;92:1441-1451.
43. Kozel RJ. Stare Decisis as Judicial Doctrine. *Washington & Lee Law Abstract*. 2010;67:411. Available from: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/374](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/374).
44. Lamond G. Analogical Reasoning in the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2014;4:567-581.
45. McCrudden Ch. Legal Research and the Social Sciences. *Law Quarterly Abstract*. 2006;122.
46. Posner RA. Utilitarianism, Economics and Legal Theory. *Journal of Legal Studies*. 1979;8.
47. Poscher R. The Hermeneutical Character of Legal Construction. In: Glanert S, Girard F (eds.). *Law's Hermeneutics: Other Investigations*. London: Routledge; 2017. Available from: <https://ssrn.com/abstract=2696486/>.

48. Smits JM. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. In: Gestel R van, Micklitz H-W, Rubin EL (eds.). *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Cambridge University Press; 2017. P. 207–228.
49. Schwartz E, Silverman C, Goldberg P. Toward Neutral Principles of Stare Decisions in Tort Law. *South Carolina Law Abstract*. 2006;58(2). Available from: <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol58/iss2/4>.
50. Smith HE. Equity as Meta-Law. *Yale Law Journal*, Forthcoming, Harvard Public Law Working Paper No 20-33. (October 15, 2020). Available from: <https://ssrn.com/abstract=3734662>.
51. Stephens PJ. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis. *Syracuse Law Abstract*. 1998;48. Available from: <https://ssrn.com/abstract=1349982>.
52. Tiller EH, Cross FB. What is legal doctrine? *Northwestern University Law Abstract*. 2006;100:517-533.
53. Weinrib EJ. *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass. Harvard University Press; 1995.
54. Weinrib EJ. Legal formalism. In: Patterson D. (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2nd ed. Oxford; 2010. P. 327–335.
55. Westerman PC. Open or Autonomous? In: Van Hoecke M (ed.). *Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Oxford: Hart; 2011.
56. Zimmerman R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. Oxford University Press; 2011.