research attention because they contain possible models for modern transformations. This historical and applied experience is of interest to science and practice, especially the embodiment of reforms in the life of the regions, since the Russian Empire was made up of many distinctive entities that differed in their legal status. This article is devoted to one of these entities, because the Don Region, like the Ufa province, had the specifics of the establishment of preliminary investigation bodies, different from other regions of the state. However, the establishment of a centralized branched apparatus of preliminary investigation and the improvement of criminal procedure legislation in the pre-Soviet period have always been urgent tasks facing the government. Dates in the text are given according to the Julian calendar, that is, according to the «old style».

Keywords: *history of preliminary investigation bodies, preliminary investigation bodies; inquiry bodies, investigative reform; judicial reform; police; gendarmerie; detective departments; security departments, don Cossack army, don army Region.*

References

1. Akty, otnosyashchiesya k istorii Vojska Donskogo / Sost. A.A. Lishin: T. 1. Novocherkassk, 1891.
2. SHatkovskaya T.V. Smysl i naznachenie sovremennyh istoriko-pravovyh issledovanij // Severo-Kavkazskij yuridicheskij vestnik. 2015. № 2. S. 10 – 15.
3. Nebratenko G.G. Istoriya donskoj policii i suda: uchebnoe posobie: CH. 1. Rostov n/D, 2017.
4. Karyagina O.V. Istoriya stanovleniya instituta doznaniya v ugolovnom processe Rossii // Vestnik Taganrogskogo instituta upravleniya i eko-nomiki. 2016. № 1.
5. Krakovskij K.P. Politicheskoe doznanie vo vtoroj polovine XIX – nachale XX veka // Istoriko-pravovye problemy: novyj rakurs. 2012. № 5. S. 315 – 344.

УДК 34 DOI: 10.22394/2074-7306-2020-1-2-37-42

СУДЕБНОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО В КОНТЕКСТЕ АНГЛОСАКСОНСКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ТРАДИЦИИ (ЧАСТЬ 1)

Кича Мария Вячеславовна кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства, Ростовский филиал, Российский государственный университет правосудия (344010, Россия, г. Ростов-на-Дону, ул. Ленина, 66).
E-mail: kichamv@mail.ru

Аннотация

Настоящая статья является первой в запланированной серии статей, посвященных судебному правотворчеству в контексте англосаксонской юридической традиции. Данная тема представляет особый интерес для отечественной юридической науки, которая формировалась и развивалась в условиях романо-германской правовой семьи – совершенно отличной от англосаксонской. Используя англоязычные источники, автор отмечает неразрывную связь судебного правотворчества и общего права в целом. Также автором предприняты попытки объяснить судебное правотворчество с историко-правовой и юридико-доктринальной позиций.

Ключевые слова: *англосаксонская правовая семья, судебное правотворчество, судебный прецедент, прецедентное право, общее право, юридическая доктрина, норма права, форма права.*

Результаты судебного правотворчества являются самостоятельной формой права в англосаксонской правовой семье. Данный момент воспринимается как отличительная традиция общего права – в первую очередь, юристами, воспитанными в правовых системах, где наличествует кодификация правовых норм.

Вместо толкования кодифицированных норм судьи системы общего права разрабатывают правовые нормы, принятые их предшественниками. В то время, как статутное право преимущественно регулирует юридическую сферу в романо-германской правовой семье, значительная часть англосаксонского законодательства по-прежнему остается продуктом судебного правотворчества.

Великий английский юрист, специалист в области конституционного и международного права Альберт Вэнн Дайси (1835 – 1922) высоко оценивал судебное правотворчество. В лекции 1905 г. Дайси сказал: «Судебное правотворчество направлено на поддержание логики и симметрии закона в гораздо большей степени, нежели акты парламента» [1].

Необходимо помнить, что большая часть английских законов – как в эпоху Дайси, так и сейчас – направлена на устранение недостатков в законодательстве либо на реализацию социально-экономической политики правящей партии. Исторически британский парламент принимал статуты – но судьи делали их более доступными для понимания и применения. Например, в конце XIX – начале XX вв. это коснулось законов о векселях, продаже товаров, коммерческом партнерстве и морском страховании. Правотворческая деятельность судей в указанной сфере подвергалась определенной критике, но выдержала испытание временем.

Между тем, стремление английских судей к правосудию иногда противоречило логике и симметрии права, которыми восхищался Дайси, и нарушало согласованность системы общего права. Однако дисциплина сохранения правовой логики и симметрии выступала и в роли стимула судебного правотворчества, и в роли его серьезного препятствия.

Тем не менее, современное английское обязательственное право создано судьями. Договорное право также в значительной степени являет собой результат судебного правотворчества – в последние годы Палата лордов и Верховный суд занимаются вопросами его толкования, определения терминов, корректировки штрафных санкций и т.д. Деликтное право включает в себя несколько законодательно установленных дополнений – но также представляет собой продукт судебного правотворчества, как и законодательство о необоснованном обогащении.

Таким образом, границы недобровольных обязательств исторически были и до сих пор являются плодами судебного правотворчества. В частности, судьи определяют границы правонарушений – включая ответственность производителя перед конечным потребителем, ответственность за причинение экономического ущерба, психологического вреда и т.д.

Нарушение договора, незаконное вмешательство в торговлю, незаконная конкуренция, коммерческий подкуп – эти и многие другие деликты квалифицируются на основании юридических норм, созданных судами.

Право собственности и право наследования в Англии и Уэльсе также регулируются преимущественно нормами, возникшими в результате судебного правотворчества.

В англосаксонской правовой семье миф о том, что судьи открывают право, но не творят его, давно развенчан. Сэр Николс – выдающийся член Палаты лордов – говорил: «Обычное право – это право, созданное судьей». На протяжении веков английские судьи были обязаны адаптировать закон к текущим социальным условиям и ожиданиям. Развитие общего права, таким образом, является неотъемлемой частью конституционной функции судебной власти.

В работе «Историческое введение в обязательственное право» английский юрист Дэвид Иббетсон проанализировал сквозь призму судебного правотворчества развитие общего права в сфере обязательств с эпохи Средневековья до конца XX в. Переход от средневекового права, которое было структурировано в соответствии с процессуальны-

ми нормами, к нынешнему общему обязательственному праву с акцентом на материальные нормы и принципы, произошел в результате активной правотворческой деятельности судей. Иббетсон доказал, что движущей силой правовых изменений являлось стремление сторон избежать жестких процессуальных норм и устаревших прецедентов.

Другим «двигателем прогресса» в англосаксонском праве была необходимость четко сформулировать ранее неоднозначные правовые нормы после снижения роли присяжных в середине XVIII в. На этот процесс глубокое влияние оказала юридическая доктрина, во многом основанная на гражданско-правовых традициях. В последующем данная тенденция также поощрялось трудами авторитетных судей, которые стремились структурировать и изучить недостаточно развитые институты права, например, институт неосновательного обогащения.

Лорд Рейд, который был ведущей фигурой в Палате лордов в 1960-х – 1970-х гг., признал правотворческую функцию судьи в известной речи, произнесенной в 1972 г. Он заявил, что применение закона надлежит ограничить беспристрастностью судей в разрешении ими конкретных споров. Кроме того, по мнению лорда, судьям надлежало избегать политического подтекста при рассмотрении дела и ни в коем случае не оставлять урегулирование спорных вопросов на усмотрение парламента.

Рейд рекомендовал судьям при формировании общего права руководствоваться здравым смыслом, принципами права и правовой политикой государства – именно в этом порядке. Другие выдающиеся судьи, помимо Рейда, по-разному решали проблемы, связанные с судебным правотворчеством, что неудивительно, поскольку границы судебного правотворчества всегда априори размыты.

Исторически сложилось так, что юридическая практика и процедура влияли на судебное правотворчество (профессор Иббетсон подробно раскрывает данный тезис в вышеупомянутой монографии). Сегодня же приоритетную роль в этом плане играют два других фактора: понизившееся влияние присяжных заседателей и развитие согласованной системы апелляций. В середине XVIII в. судьи фактически взяли на себя функции присяжных – в том числе, вопросы использования конкретной формы иска и определение того, имеет ли истец в соответствии с законом право на защиту от обнаруженных фактов. [2]

Роль присяжных была постепенно ограничена судебными решениями – например, вплоть до 1854 г. вопросы, которые ранее рассматривались присяжными, уже рассматривались судами до введения коллегии присяжных в процесс. В свою очередь, это сказалось на системе апелляций, поскольку решение согласно вердикту присяжных фактически выносилось судом с их минимальным участием, но в полном объеме. Отныне пересмотр решения суда сводился к тем случаям, когда имелась юридическая ошибка, сделанная вследствие сугубо технических недочетов – например, некорректной записи в протоколе судебного заседания. В то же время, письменные заявления, вопросы или сам вердикт присяжных могли бы не допустить возникновение подобной ошибки [3].

В начале 1850-х гг. в Англии и Уэльсе была проведена реформа апелляционной системы. В 1870-х гг. прошла серия законодательных реформ, нацеленных на объединение общего права с правом справедливости, а также на рационализацию судебного правотворчества. До этих реформ деятельность апелляционного суда носила более архаичный и иррегулярный характер, нежели сейчас. Господствовала правовая тенденция, согласно которой дела решались на основании аналогии с уже рассмотренными делами – но доктрина обязывающего прецедента еще не оформилась. Описывая этот период, лорд Райт сравнил английских судей с древними моряками, бороздившими Средиземное море, – судьи, по его словам, точно так же шли вдоль хорошо изученного побережья, избегая опасностей открытого моря системы и науки [3, 147].

Законы о судебной власти 1873 г. и 1875 г. расширили право на апелляцию в судах первой инстанции и создали иерархию судов, что снизило риск принятия противоречивых судебных решений. Закон об апелляционной юрисдикции 1876 г. лишил судебных полномочий лордов, не являющихся профессиональными юристами, а также расширил юридические полномочия высшей апелляционной инстанции. Указанные события ускорили формирование доктрины обязывающего прецедента, которую мы рассмотрим несколько позжеь.

В Шотландии с 1532 г. функционировал коллективный судебный орган, состоявший из 15 судей. С 1808 г. он заседал коллегиально, и в состав включались 2-3 судьи. Причины, которыми они руководствовались при вынесении решений, обычно не разглашались, более того – даже не записывались в официальных документах. Судебные отчеты Шотландии вплоть до XIX в. представляли собой краткое изложение сути ходатайства и результатов его рассмотрения. В 1800 г. лорд Эскгроув, занимавший должность клерка лорда юстиции (второго по значимости судьи в Шотландии), резко раскритиковал журналиста, делающего заметки в зале судебных заседаний после оглашения приговора. Гнев Эксгроува вызвало то, что «этот человек [журналист] ничего не понимает в праве» [4].

До начала XIX в. шотландские судьи полагались на авторитетных юристов, написавших фундаментальные труды по юриспруденции, – таких, как выдающийся адвокат Томас Эрскин (1750 – 1823), и на опубликованные рабочие дневники и заметки некоторых судей, известные как «Практики», – но отнюдь не на судебный прецедент. Впрочем, некоторые общественно значимые дела рассматривались с «прицелом» на то, чтобы в дальнейшем решения по ним можно было использовать для урегулирования схожих правовых вопросов. Тем не менее, факторы, обусловившие разработку прецедентной доктрины в Шотландии, были такими же, как и в Англии: реорганизация судебной системы, усиление позиций Палаты лордов и совершенствование методов юридической отчетности.

Говоря о судебном правотворчестве в Англии и Шотландии, нельзя исключить и влияние, оказанное на него зарубежной юридической мыслью, выдержанной в традиции юснатурализма. Так, в XVIII в. труды немецкого философа и юриста-международника Самуэля фон Пуфендорфа (1632 – 1694) во многом определили характер английского и шотландского судебного правотворчества в сфере деликтного права. В XIX в. аналогичный эффект возымели работы французского юриста Робера-Жозефа Потье (1699 – 1772) – но уже применительно к договорному праву. Появление подробных судебных отчетов, в которых приводились обоснования решений апелляционных инстанций, обеспечивало инструментарий, необходимый для постоянного и систематического развития общего права. Ставшая обязательной судебная документация, рост научных исследований в области права и выпуск высококачественной юридической литературы способствовали постепенному определению и развитию как правовых принципов, так и доктрины прецедента.

Со временем изменился и правовой менталитет английских судей. Знаменитый израильский юрист Аарон Барак описал метод мышления общего права как комбинацию индуктивного и дедуктивного типов мышления [5]. Однако старые способы мышления оставляют свой след. В подходах английских и шотландских юристов по-прежнему сохранились некоторые различия. Например, шотландцы – представители смешанной правовой системы – демонстрируют склонность к прямолинейному поиску и применению правового принципа. В отличие от англичан, они не выстраивают свое правовое представление о каждом конкретном случае путем историко-правового анализа. Это может быть связано с тем, что на заре шотландского права юристы преодолевали пробелы в праве, ссылаясь на римское право и Кодекс Юстиниана (534).

Судебное правотворчество традиционно практикуется выдающимися английскими судьями. В XVIII в. лорд Мэнсфилд, в течение 32 лет занимавший должность главного

судьи Суда королевской скамьи, опирался на базовые принципы права и торговые обычаи для адаптации английского коммерческого права к экономическим реалиям своего времени. Сегодня решения, вынесенные Мэнсфилдом в сфере договорного, коммерческого и страхового права, а также неосновательного обогащения по-прежнему цитируются в английских судах. Некоторые отцы-основатели Соединенных Штатов Америки с большим подозрением относились к Мэнсфилду именно вследствие его активной правотворческой деятельности и неприятия им требований американских колонистов. Томас Джефферсон, например, выступал за то, чтобы исключить из общего права нового американского государства все судебные решения Англии с 1756 г., когда Мэнсфилд стал главным судьей, – дабы обезопасить США от его юридических нововведений. Однако позиция Джефферсона не получила широкой поддержки у других американских политиков.

В XIX в. английские судьи продолжали разрабатывать общее право. Ярким примером системного развития законодательства является Закон о продаже товаров, который был сформулирован в ряде судебных решений и только потом, в 1893 г., подвергся официальной кодификации.

В XX в., пожалуй, самым ярким примером судебных нововведений является разработка законодательства о защите прав потребителей. Здесь знаковым стало дело «Донахью против Стивенсона», которое слушалось в английском суде с 1928 г. по 1932 г. В августе 1928 г. истец Мэй Донахью с подругой заказали в кафе пиво и обнаружили в бутылке дохлую улитку. Почувствовав недомогание, Донахью обратилась к врачу, который диагностировал гастроэнтерит. Далее она подала иск против хозяина кафе Фрэнсиса Мингелла и владельца пивоварни Дэвида Стивенсона с требованием компенсации в размере 550 фунтов стерлингов.

В Англии того времени ключевым основанием для взаимных претензий считалось наличие договора между сторонами. У Донахью практически не было шансов выиграть дело, поскольку она не имела договорных отношений с пивоваром и владельцем кафе; даже заказанное пиво оплатила ее подруга. Кроме того, истица не предоставила доказательства, что именно улитка послужила причиной ее болезни. Тем не менее, в 1931 г. Палата лордов постановила, что Стивенсон обязан заботиться о здоровье своих потребителей. В качестве прецедента члены палаты сослались на дело 1916 г. в США о сломанном автомобильном колесе: в судебном решении по нему отмечалось, что последствия небрежной работы могут быть серьезными – вплоть до тяжкого вреда здоровью и смерти. Судья лорд Аткин сформулировал позицию суда следующим образом: «Правило, по которому вам следует любить своего соседа, по закону становится правилом, по которому вы обязаны не вредить своему соседу. Вы обязаны принимать меры предосторожности для того, чтобы не допускать действий или ошибок, которые вы можете предсказать и которые могут навредить вашему соседу». Под определение «сосед» подпадали «люди, которых настолько близко и непосредственно затрагивают мои действия, что я должен в разумных пределах принимать их во внимание, когда я направляю свои мысли на соответствующее действие или бездействие» [6].

Дело «Донахью против Стивенсона» заложило основы современного английского права и судебной защиты прав потребителей. Принцип соседства, положенный в основу победы Донахью, стал основополагающим и создал прецедент, на который опирается любой суд, рассматривающий дело о причинении вреда лицу. Также принцип соседства, сформулированный лордом Аткином, стандартно применяется для определения юридической ответственности, в том числе – за телесные повреждения и материальный ущерб.

Литература

1. *Dicey, A.V.* Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century. London: Routledge, 1905. P. 362.

2. *Ibbetson, D.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. Oxford: Oxford University Press, 2001. P. 161-162.
3. *Baker, J.* An Introduction to English Legal History. – Oxford: Oxford University Press, 2019. P. 146.
4. *Walker, D.M. The* Scottish Legal System: An Introduction To The Study Of Scots Law. – London: Green, 1976. P. 15.
5. *Barak, A.* The Judge in a Democracy. – Princeton: Princeton University Press, 2006. P. 155 -163.
6. *Donoghue v Stevenson [1932]* UKHL 100 (26 May 1932). British and Irish Legal Information Institute. [Электронный ресурс] URL: http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html (дата обращения: 7.05.2020).

Kicha Maria Vyacheslavovna, Candidate of legal Sciences, docent of the Department «Theory and History of Law and the State», Rostov branch Russian state University of justice (66, Lenin street, Rostov-on-Don, 344038, Russian Federation). E-mail: kichamv@mail.ru

JUDICIAL LAW-MAKING IN THE CONTEXT OF ANGLOSAXON LEGAL TRADITION (PART 1)

Abstract

This article is the first in a planned series of articles on judicial law-making in the context of the Anglo-Saxon legal tradition. This topic is of particular interest to the domestic legal science, which was formed and developed in the conditions of the Romano-German legal family - completely different from the Anglo-Saxon one. Using English-language sources, the author notes the inextricable connection of judicial law-making and common law in general. The author also made attempts to explain judicial lawmaking from a historical, legal and legal doctrinal perspective.

Keywords: *Anglo-Saxon legal family, judicial law-making, judicial precedent, case law, common law, legal doctrine, legal principle, rule of law, form of law.*

УДК 340.15 DOI: 10.22394/2074-7306-2020-1-2-42-48

ГОСУДАРСТВО, ПРАВО И ТЕОКРАТИЯ В ПРОИЗВЕДЕНИЯХ АЛЕКСАНДРА ПАВЛОВИЧА ЛОПУХИНА

Оганесян Армэн Кароевич старший преподаватель, Сочинский институт (филиал, ФГАОУ) Российский университет дружбы народов, зам. декана юридического факультета (354000, Россия, г. Сочи, ул. Роз, 14). E-mail: armenoid1986@rambler.ru

Аннотация

В статье рассматриваются основные характеристики теократии в государственно-правовых взглядах Александра Павловича Лопухина (1852 –1904), который осветил политико-правовые аспекты теократии в Древнем Израиле, формулируются основные проблемы формирования теократической государственности. Автор исходит из того, что ученый под теократией понимал не форму правления, политический режим или тип государства, а принцип построения всех отношений в обществе: политических, социально-экономических, правовых.

Ключевые слова. *Теократия, правовые учения, политическая культура, правовая культура, государственная доктрина, правовые идеи, легитимность власти.*

В различных политико-правовых парадигмах теократия или теократический культурный архетип является в некотором смысле базовым с точки зрения возникновения государственности и правовых конструкций.