

А. М. Михайлов

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ
СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ
В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ
АНГЛИИ

УЧЕБНОЕ ПОСОБИЕ
ДЛЯ БАКАЛАВРИАТА И МАГИСТРАТУРЫ

2-е издание

*Рекомендовано Учебно-методическим отделом высшего образования
в качестве учебного пособия для студентов высших учебных заведений,
обучающихся по юридическим направлениям*

**Книга доступна в электронной библиотеке biblio-online.ru,
а также в мобильном приложении «Юрайт.Библиотека»**



Москва ■ Юрайт ■ 2019

УДК 340.5(075.8)

ББК 67.0я73

М69

Автор:

Михайлов Антон Михайлович — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения международно-правового факультета Московского государственного института международных отношений, доцент кафедры истории государства и права юридического факультета имени М. М. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

Рецензенты:

Малиновский А.А. — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории права и сравнительного правоведения Московского государственного института международных отношений;

Семитко А. П. — доктор юридических наук, профессор, старший научный сотрудник РАН, заведующий кафедрой публичного права, декан юридического факультета Гуманитарного университета (г. Екатеринбург), приглашенный профессор университета Париж—Запад, заслуженный работник высшего образования Российской Федерации;

Касаткин С. Н. — кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и истории государства и права Самарского юридического института ФСИН России.

Михайлов, А. М.

М69

Сравнительное правоведение: судебная власть в правовой системе Англии : учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры / А. М. Михайлов. — 2-е изд. — М. : Издательство Юрайт, 2019. — 355 с. — (Серия : Авторский учебник).

ISBN 978-5-534-08913-4

Учебное пособие посвящено институту судебной власти в правовой системе Англии. Рассматривается вопрос о ее месте и значении в генетическом, аксиологическом, институциональном и других «измерениях» правовой системы, дается характеристика исторического развития британской юстиции, институтов присяжных заседателей и состязательного судебного процесса, освещается система источников английского права. Проведен анализ исторических вех развития, юрисдикции, состава английских судов общей юрисдикции, порядка рассмотрения дел и процедур обжалования решений. Исследуется процедура назначения и снятия судей с должности, а также «визитные карточки» английской правовой системы — институты присяжных заседателей и мировых судей.

Соответствует актуальным требованиям Федерального государственного образовательного стандарта высшего образования.

Для студентов высших учебных заведений, обучающихся по образовательной программе бакалавриата специальности «Юриспруденция», а также для магистрантов, аспирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов.

УДК 340.5(075.8)

ББК 67.0я73



Все права защищены. Никакая часть данной книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме без письменного разрешения владельцев авторских прав. Правовую поддержку издательства обеспечивает юридическая компания «Дельфи».

ISBN 978-5-534-08913-4

© Михайлов А. М., 2019

© ООО «Издательство Юрайт», 2019

Оглавление

От автора.....	5
Глава 1. Судебная власть как центр правовой системы Англии.....	13
§ 1.1. Понятие и структура правовой системы: российский и англо-американский подходы	13
§ 1.2. Судебная власть и ценности английской правовой системы.....	20
§ 1.3. Судебная власть, генезис и структура английского права	32
§ 1.4. Судебная власть, характерные институты и конструкции в правовой системе Англии.....	54
§ 1.5. Судебная власть и система источников права в Англии	68
Глава 2. Структура судебной системы Англии.....	77
§ 2.1. Историческое своеобразие судебной системы Англии. Суды специальной юрисдикции	77
§ 2.2. Виды английских судов	88
§ 2.3. Суд палаты лордов (<i>House of Lords</i>) — Верховный суд Великобритании (<i>Supreme Court of the United Kingdom</i>)	94
§ 2.4. Апелляционный суд (<i>Court of Appeal</i>)	111
§ 2.5. Высокий суд (<i>High Court</i>).....	116
§ 2.6. Суд короны (<i>Crown Court</i>)	123
§ 2.7. Суды графств (<i>County Courts</i>)	146
§ 2.8. Магистратские суды (<i>Magistrates' Courts</i>)	151
Глава 3. Судейский корпус Англии. Независимость судей.....	169
§ 3.1. Назначение и снятие с должности судей в Англии	169
§ 3.2. Независимость судей в Англии	183
Глава 4. Функции судей в правовой системе Англии	196
§ 4.1. Конституционные принципы как основа деятельности судебной власти в Англии	196
§ 4.2. Правотворческая функция (<i>Law making</i>)	203
§ 4.3. Функция толкования законодательства и прецедентов (<i>Interpretation of legislation and caselaw</i>).....	248
§ 4.4. Контрольно-надзорная функция (<i>Judicial Review</i>)	273
Глава 5. Юридические конструкции, выработанные английскими судьями.....	282
Заключение.....	306
Список литературы	309

Приложение 1. Программа по учебной дисциплине «Английская правовая система».....	318
Приложение 2. Варианты тестовых заданий по дисциплине «Английская правовая система»	333
Приложение 3. Перечень тем для эссе по дисциплине «Английская правовая система»	340
Приложение 4. Вопросы для контрольных работ по дисциплине «Английская правовая система»	343
Приложение 5. Примерные темы курсовых работ по дисциплине «Английская правовая система»	346
Приложение 6. Примерный перечень вопросов к зачету по дисциплине «Английская правовая система»	348
Новые издания по дисциплине	353

От автора

Значение судебной власти Англии для современной правовой действительности сложно переоценить. Не будет преувеличением сказать, что именно английские судьи большей частью сформировали то, что мы в настоящее время называем англо-саксонской правовой семьей, системой общего права, англо-американским правом.

Английское прецедентное право, созданное в XII—XVI столетиях судьями королевских и канцлерских судов в ситуации законодательного вакуума, является основой не только всей правовой системы Англии, но и национальных правовых систем США, Канады, Австралии, Новой Зеландии, Индии, Пакистана, Израиля, Кипра и многих других государств, которые впоследствии полностью или частично реципировали прецедентное право Англии — вместе с его ценностями, структурой, правовыми институтами, юридическим словарем, методами юридического мышления и системой текстуальных источников.

Совершенно справедливо указывает в своей монографии «Прецедентное право» И. Ю. Богдановская: «В исследуемой группе (правовых системах стран «общего права» и смешанных правовых системах — А. М.) суды сыграли настолько важную роль в развитии права, что обусловили всю специфику правового развития, систему источников, структуру права»¹.

Сам факт широчайшего распространения английского прецедентного права на современной правовой карте мира, тот факт, что около трети современных государств в той или иной степени испытали его влияние, говорит об актуальности выбранной темы исследования — ведь в истории России, надеемся, прошли времена, когда мы всеми силами старались отгородиться от «загнивающего» буржуазного права капиталистических государств и построить на обломках старого мира мир новый — безоблачно-утопичный, лишенный внутренних противоречий и памяти о собственной истории. Современная правовая действительность ясно показывает нам, что путь национальной изоляции и самовосхваления ведет в тупик, он не имеет будущего, потому что правовой прогресс возможен лишь при условии международно-правового диалога и сотрудничества.

Повсеместное развитие технологий в XX в. привело к более интенсивному взаимодействию стран земного шара. Процесс глобализации

¹ Богдановская И. Ю. Прецедентное право. М., 1993. С. 6.

формирует единый мировой рынок, делает государства ближе друг к другу и ставит перед ними одни и те же экономические, экологические и юридические проблемы.

«Технология — великий законодатель и великий “выравниватель”», — писал Л. Фридман¹. Процесс глобализации, неизбежное следствие технологических революций XX в., идет еще более ускоренными темпами в третьем тысячелетии и с неизбежностью не только приводит к новому осознанию человечеством характера экономических, экологических и правовых проблем, которые трактуются сегодня как глобальные и общемировые, а не сугубо внутринациональные, но и в принципе формирует новый взгляд на государственно-правовую действительность.

Растет количество разнообразных союзов, ассоциаций и объединений государств, на качественно новый уровень выходит взаимодействие коллективных и индивидуальных субъектов права в рамках межправительственных и негосударственных международных организаций, государственные границы и суверенитет перестают быть непрекаемыми высшими ценностями международного сотрудничества, с ними конкурируют персонифицированные ценности универсальных, естественных прав человека, права народов на самоопределение.

Осознание этих процессов приводит автора этих строк к очевидному выводу о том, что лишь международно-правовое сотрудничество на основе изучения сравнительного права может привести к созданию общемировых методов борьбы с международной преступностью, эффективных способов кооперации в сфере международного частного права. Без открытости зарубежному правовому опыту, без установки на правовой диалог и познание иных правовых традиций невозможно эффективно решать глобальные проблемы человечества, объективно и критично оценивать свою собственную национально-правовую систему, видеть ее достоинства и недостатки и прогнозировать путь ее будущего развития, невозможно в принципе называться культурно образованным юристом.

Если считать образованным юристом лишь ремесленника, который лишь хорошо знает национальные кодексы, иные законы, подзаконные акты и умеет их правильно применять на практике, но совершенно не ориентируется в зарубежном праве, то тогда каждая национальная правовая система будет из поколения в поколение вариться в собственном соку, повторяя свои же ошибки прошлого.

«Национальная ограниченность правовых знаний в пределах данной страны, ее замкнутость на сугубо национальном позитивистском материале, при всей его важности для каждого правоведа, являются в конечном счете губительными для правоведения как истинной науки», — отмечает известный отечественный ученый С. С. Алексеев².

¹ Фридман Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 20.

² Алексеев С. С. Проблема всеобщей теории права // Вестник Гуманитарного университета. Серия «Право». 2000. № 1(2). С. 6.

Такая юридическая близорукость, которая, к сожалению, является достаточно распространенной в наше время, может стать благодатной почвой для появления на свет новых и уже более подкованных собратьев государственно-политических химер прошлого — тоталитаризма, национализма, коммунизма, фашизма, иных форм насильственного «осчастливливания» человечества.

История не раз показывала, что эти смертельно опасные эпидемии национального духа начинаются с повальной высылки «еретиков» за пределы страны, уничтожения культурного наследия прошлого, закрытия национальных границ и прекращения всяческого сотрудничества (в том числе и правового) между государствами.

Образованные юристы, знающие зарубежные правовые системы и умеющие сравнивать, анализировать и оценивать правовые явления и процессы внутри той или иной национальной правовой системы, опасны для тоталитарных политических режимов, потому как «заразить» и «ослепить» юристов-компаративистов какой-то одной, «единственно правильной» национальной идеей, духовной панацеей крайне сложно: сравнение и анализ неизбежно приносят с собой многогранное видение правовой действительности, ее более трезвые и критичные оценки.

Изучение зарубежных правовых институтов актуально не только для развития современной компаративистики *per se*, но и для дальнейшего совершенствования и гармонизации национального законодательства России, развития двустороннего и многостороннего международного сотрудничества как в частном, так и в публичном праве, для становления мировой правовой культуры, построения более плодотворного диалога и понимания между юристами различных правовых семей и культурных традиций.

Для российских теоретиков права знание института судебной власти в Англии, на мой взгляд, представляется значимым. Анализ источников английского права, созданных и развиваемых английскими судьями, приводит к более глубокому осознанию изначальной ограниченности юридического позитивизма в подходе к понятию «источник права». Английские источники права позволяют не только сравнить их с нормативно-правовым актом и выявить достоинства и недостатки, но и по-новому взглянуть на определение нормативности, принятое в российской юриспруденции.

Важным для отечественных теоретиков права представляется также обращение к выработанным английской судебной практикой презумпциям и канонам толкования статутов, которые дают возможность по-новому посмотреть на классификации видов и способов толкования права, принятых в России, а также обратиться к недостаточно разработанной проблематике отграничения толкования права от правотворчества.

Именно судебная власть Англии впервые сформулировала принцип верховенства права, ставший (наряду с немецкой доктриной *Rechtsstaat*)

основой для формирования концепта правовой государственности во всей Европе. Именно в Англии зарождается судебный нормоконтроль, доктринально разрабатывается и обосновывается необходимость принципа разделения властей. Поэтому, только зная классические признаки правового и демократического государства, можно адекватно оценивать основы конституционного строя современной России, судить о том, есть ли в России демократия или нет.

Традиционные институты гражданского общества, такие как институт присяжных заседателей и мировых судей, также впервые широко развились в Англии и во многом благодаря прецедентной правовой культуре, сформированной английскими судьями. Если современная Россия (после долгового перерыва) только начинает повсеместно внедрять эти правовые институты, то Англия прошла довольно длинный путь в этом направлении. Очевидно, мы можем не только кое-чему поучиться у англичан в этом плане, но и более доказательно ответить на вопрос о наличии или отсутствии в России гражданского общества.

Английские юристы в значительной мере способствовали распространению в профессиональном сообществе сначала естественно-правового типа правопонимания, а затем — в XIX и XX столетиях — аналитической и социологической юриспруденции. Более того, вопрос о прогрессивности или неразвитости правовой культуры может быть более объективно решен только при условии сравнения уровней развитости того или иного национального права — как на уровне правосознания, правопонимания, так и на уровне правовых текстов, источников права, юридической техники и др.

Знание института судебной власти в Англии для российских юристов, которые в будущем будут специализироваться в сфере конституционного и административного права, также представляется важным. Одним из достаточно острых вопросов современного российского конституционного права, вызывающим научные баталии, является вопрос о юридической природе постановлений Конституционного Суда России. Полагаю, что знание основных признаков судебного прецедента и в целом проблематики судейского правотворчества в Англии способно помочь российским юристам более глубоко проанализировать указанные юридические феномены.

Особое значение для углубления знаний о природе конституционализма имеет анализ специфических черт конституции Великобритании, многие из которых сложились благодаря судейскому прецедентному праву (неписаный, гибкий характер, наличие конституционных прецедентов, принцип верховенства права и др.).

Без знания истории судебного нормоконтроля и принципа разделения властей, истоки которых уходят в историю английского права, невозможно обладать глубокими знаниями основ конституционного строя западных государств. Изучение структуры судебной системы и в особенности судов специальной юрисдикции в Англии может дать

основу для анализа и сопоставления правового положения и функционирования административной юстиции в различных государствах.

Для российского специалиста в сфере административного права важным представляется также изучение вопроса о средствах судебного контроля над актами и деятельностью государственной администрации и публично-правовых средствах судебной защиты в Англии — прерогативных ордерах-приказах, доктрине *intra vires*.

Английское договорное и деликтное право было исторически целиком и полностью сформировано английскими судьями. До сих пор ведущие частноправовые отрасли в Англии развиваются на основе судебных прецедентов, а потому их облик разительно отличается от их романо-германских цивилистических собратьев.

Это обстоятельство, наряду с существенными различиями в юридической цивилистической терминологии России и Англии, значительно усложняет (если вообще не ставит высокий барьер) процесс правового диалога между цивилистами двух государств.

Сложно выделить какой-либо гражданско-правовой институт в Англии, который бы остался без самого непосредственного и определяющего воздействия судебной власти. Для российского цивилиста представляется важным иметь представление о том весьма специфическом арсенале частноправовых средств судебной защиты, которые выработаны английскими судьями. Такое знание позволяет сравнить эти правовые институты двух государств и выявить российские достоинства и недостатки.

Важным также видится сравнение не только институтов общей части российского гражданского права (понятие договора, условия его действительности, правосубъектность, виды юридических лиц, способы исполнения обязательств, сроки и др.), но и судебной практики по отдельным видам договоров, а также деликтов.

Особенно интересным представляется, на мой взгляд, сравнение трактовки понятия вины и ее форм в российском гражданском и английском договорном праве, потому что здесь имеются существенные различия в подходах. Весьма интересные средства судебной защиты были выработаны английской судебной властью в сфере семейного права, что также должно расширить кругозор российских студентов и специалистов в частноправовых отраслях.

Специалисты в сфере российского уголовного права также могут существенно расширить свой кругозор, если обратятся к сравнению понятий преступления, уголовно-правовой ответственности, ее оснований и видов, к анализу и сопоставлению российского и английского подходов к возрасту уголовно-правовой ответственности, понятию и видам субъектов уголовной ответственности и обстоятельствам, исключаяющим таковую, к понятию и формам соучастия и другим институтам общей части уголовного права.

Английское уголовное право только со второй половины XIX в. стало развиваться на основе писаного законодательства, но кардинальной

реформы уголовного права в Англии в форме отраслевой кодификации не проводилось, а потому прецедентное судейское право во многом остается важным источником уголовного права Англии, и судьи существенным образом влияют на его дальнейшее развитие.

Крайне интересным, на мой взгляд, представляется для российских специалистов обращение к институту вины и невменяемости в английском уголовном праве, к видам уголовной ответственности юридических лиц за действия третьих лиц, к системе наказаний. Данные вопросы общей части существенно различаются в российском и английском уголовном праве и дают богатую пищу для размышлений.

Классическую модель состязательного судебного процесса, к которой на протяжении нескольких лет стремится российский законодатель в сфере процессуального права, также обязана своим формированием многовековой эволюции судопроизводства в Англии. Особую важность представляет выявление социально-экономических и идеологических факторов, которые исторически повлияли в Англии на становление именно состязательной модели уголовного и гражданского судопроизводства, и сравнение их с современной ситуацией в России. Данный анализ позволит сформировать более обоснованные выводы о пути будущего развития состязательного судопроизводства в России.

Судебная власть в Англии разработала достаточно сложное и подчас казуистичное доказательственное право, которое не разделяет, а совмещает в себе и сравнивает значение тех или иных доказательств, правила их представления в гражданском и уголовном процессах. Процессуально-правовые институты присяжных заседателей, мировых судей являются традиционными для Англии, их значение, роль, достоинства и недостатки как в гражданском, так и уголовном процессах достаточно детально проанализированы в Англии, и тот факт, что мы внедряем данные институты, делает актуальным обращение к английскому опыту.

Настоящее учебное пособие, вполне естественно, не сможет детально ответить на все вопросы, поставленные во введении, основной целью которого было продемонстрировать путем приведения конкретных примеров необходимость изучения институтов английского права, его исторических и доктринальных оснований.

Комплексный, многоотраслевой анализ, способный дать не только общетеоретические, но и крайне важные практические результаты, неизбежно требует привлечения специалистов различных правовых отраслей и написания на основе межотраслевого анализа коллективного труда. В данной работе такая цель изначально не ставилась. Основной ее целью является установление фундамента знаний о судебной власти в Англии, который в дальнейшем может послужить трамплином для отраслевых сравнительно-правовых исследований.

В главе 1 учебного пособия предпринята попытка обоснованно показать, что судебная власть является действительным центром всей правовой системы Англии. Доказывание данного тезиса проводится путем освещения роли и значения судебной власти в различных пло-

скостях английской правовой системы — ценностной, генетической, институциональной, в плоскости источников права, юридического языка, методов юридического мышления.

Попутно приводятся общие характеристики исторического развития британской юстиции, институтов присяжных заседателей и состязательного судебного процесса; кратко освещается система источников английского права, такие вспомогательные источники, как правовая доктрина, судебные отчеты, правовые обычаи.

Основная цель таких характеристик — сформировать общее представление о внутренних взаимосвязях, существующих между судебной властью и другими правовыми явлениями и институтами, а также дать минимум знаний о других институтах английского права, который необходим студентам при изучении курса «Английская правовая система».

Глава 2 учебного пособия посвящена анализу судебной системы Англии — институциональной плоскости деятельности судей. Основная цель этой части работы заключается в детальном описании истории создания, юрисдикции, состава английских судов общей юрисдикции, порядка рассмотрения дел в них и процедур обжалования их решений и (или) приговоров.

В силу ряда причин особое внимание уделено институтам присяжных заседателей и мировых судей.

Во-первых, они действительно являются традиционными для Англии и потому во многом сформировали английское право как таковое.

Во-вторых, в российской правовой системе последней декады лет эти правовые институты были вновь реконструированы и приведены в действие, и этот факт дает основания полагать, что знания об их английских аналогах актуальны для современных российских юристов.

В-третьих, институты присяжных и мировых судей традиционно считаются краеугольными камнями правового демократического государства и гражданского общества — тех государственно-правовых идеалов, к которым, судя по Конституции, стремится современная Россия.

Рассмотрение вопросов, связанных с процедурой назначения и снятия английских судей с должности, аспектов независимости судебного корпуса является центральной темой главы 3 учебного пособия. Именно процедура назначения на должность, репрезентативность действующего судебного корпуса и вопросы независимости судей в Англии являются острыми проблематичными вопросами.

В данной части пособия освещаются недостатки существующей методики назначения судей на должность, анализируются статистические данные о репрезентативности английских судей применительно к английскому населению по признакам пола, расы, имущественному положению, политическим взглядам, рассматриваются основные гарантии независимости судей в Англии.

В главе 4 учебного пособия детально анализируются три ведущие функции судебной власти в Англии — правотворческая, интерпретативная и контрольно-надзорная.

При освещении вопросов, связанных с судебным правотворчеством в Англии, особое внимание уделяется определению понятия судебного прецедента, метода аналогии, видов прецедентов, способов их изменения и каналов влияния судебного прецедента на правовую систему Англии, а также проблеме выделения из судебного решения *ratio decidendi*.

Интерпретативная функция английских судей раскрывается через рассмотрение общепринятых в английской судебной практике презумпций и канонов толкования статутов, а также освещение вопроса о процедуре толкования прецедентов.

Рассмотрение контрольно-надзорной функции английских судей основывается на раскрытии истории и содержания различных публично-правовых средств судебной защиты, применяемых английскими судьями в случае нарушения прав и свобод британских граждан неправомерными актами или действиями должностных лиц органов государства или нижестоящих судов.

Заключительная часть учебного пособия посвящена обзору основополагающих юридических конструкций, созданных английскими судьями. Акцент в этой части работы ставится на рассмотрении специфической конструкции «разумного человека», которая носит комплексный характер, применяется в различных институтах английского права и существенно влияет на результат рассмотрения дела. Детальному анализу подвергнуты также частноправовые средства судебной защиты — как по общему праву (денежная компенсация), так и по праву справедливости (судебные приказы-запреты, реституция, реальное исполнение, ректификация и др.).

Хочется надеяться, что учебное пособие не только даст возможность российским студентам, магистрантам и аспирантам больше узнать об английском праве и роли судебной власти в нем, но и позволит иначе взглянуть на такие вопросы общей теории права, как источники и нормы права, правотворчество и толкование права, принцип разделения властей.

Глава 1

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ КАК ЦЕНТР ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ АНГЛИИ

Все нормы права справедливости и девять десятых норм общего права в действительности были созданы судьями.

Судья *Миллиш*¹

Английский судья — раб прошлого и деспот будущего, он связан решениями своих предшественников и связывает поколения судей, которые будут ему следовать.

Профессор *Гудхарт*²

§ 1.1. Понятие и структура правовой системы: российский и англо-американский подходы

Понятие «правовая система» понимается в узком и широком смыслах. В узком смысле под правовой системой понимается вся совокупность правовых явлений и процессов внутри отдельного государства — национальная правовая система. В широком смысле правовую систему отождествляют с правовой семьей — т. е. с совокупностью (группой) правовых систем, обладающих общностью основных параметров: исторического генезиса правовых институтов, структуры, правовой культуры, правосознания и правопонимания, доктрины и юридического языка, источников права, юридической техники.

Критерии объединения национальных правовых систем в правовые семьи могут существенно отличаться у разных компаративистов и зависят преимущественно от социокультурного контекста национально-правовой системы, к которой принадлежит исследователь, целей исследования (например, выявление различий или сходств), предмета исследования (анализируется общее, типичное или уникальное), уровня и вида анализа (микро- или макроанализ, внутренний или внешний, диахронный или синхронный, функциональный или норма-

¹ Цит. по: *Кросс Р.* Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 46.

² Цит. по: *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение. М., 2000. С. 242.

тивный), степени разработанности проблемы, глубины знаний исследователя и других факторов.

При синхронном макроанализе национальных правовых систем обычно выделяются романо-германская (континентальная или система гражданского (гражданского) права), англо-американская (система общего или прецедентного права), религиозно-правовая, социалистическая и обычно-правовая (традиционная) правовые семьи.

По признаку отграничения правовых норм от иных социальных норм данные правовые семьи можно поделить на отдифференцированные (романо-германская, англо-американская, социалистическая) и неотдифференцированные (религиозно-правовая и обычно-правовая) правовые семьи.

Если рассматривать правовые семьи современности под углом правовой ментальности¹, то с достаточно высокой долей условности их возможно разделить на преимущественно западные правовые семьи (романо-германская, англо-американская) и преимущественно восточные (религиозно-правовая, социалистическая)².

По признаку превалирующей — индивидуалистической или коллективистской — правовой идеологии их можно классифицировать на преимущественно персонцентристские (романо-германская и англо-американская) и преимущественно социцентристские (религиозно-правовая, социалистическая и традиционная).

Если же проанализировать данные пять правовых семей с точки зрения превалирующего в обществе типа легитимации государственной власти и права и типа правопонимания, то можно сделать следующие самые общие выводы:

- в романо-германской и англо-американской правовых семьях превалирует рациональный тип легитимации власти и права и различные виды позитивизма;
- в религиозно-правовой семье преимущественное значение имеют традиционный и харизматический типы легитимации и естественно-правовой тип правопонимания;
- в социалистической правовой семье доминируют харизматический тип легитимации и этатистский позитивизм;

¹ Правовая ментальность — своеобразное комплексное образование, включающее в свой состав правовую идеологию и правовую психологию и характеризующееся особенностями психического склада и мировоззрения людей, входящих в ту или иную этническую целостность. В концепции этногенеза Л. Н. Гумилева ментальность раскрывается как иерархия идей, воззрений, представлений о мире, оценок, вкусов, культурных канонов, способов выражения мысли, являющаяся существеннейшей частью этнической традиции. Правовая ментальность как сложное явление отражается во всех элементах структуры правосознания и раскрывается в специфике правопонимания, правочувствования, правоведения. *Поляков А. В.* Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. СПб, 2003. С. 410.

² О различиях между восточным и западным типом ментальности см.: *Бачинин В. А., Сальников В. П.* Философия права. Краткий словарь. СПб, 2000. С. 175—177.

- в традиционной правовой семье преобладают традиционный тип легитимации обычного права и структур власти и естественно-правовой тип правопонимания.

В пределах отечественной юриспруденции существует целая палитра мнений относительно содержания понятия и структуры национальной правовой системы, ее соотношения с такими предельно широкими юридическими категориями, как право, тип права, правовая надстройка, система права, правовая семья, правовая реальность, правовой процесс.

Категория правовой системы вошла в научный оборот в российской юридической литературе только в 1980-е гг., хотя зарубежные исследователи, особенно французские и американские, давно и активно оперируют этим понятием¹.

Данное обстоятельство можно связать с развитием сравнительного правоведения, достаточно высокой популярностью в отечественном правоведении тех лет системного подхода, относительным потеплением климата в международном научном общении.

С течением времени в отечественной юриспруденции понятие правовой системы, базирующееся в первую очередь на правовом плюрализме (без которого невозможно представить современную компаративистику), постепенно начинает конкурировать и вытеснять понятие «тип права», основывающееся на марксистско-ленинском формационном подходе к историческому изменению государства и права.

В данном учебном пособии изначально не ставится цель представить и проанализировать весь спектр существующих в отечественной юриспруденции точек зрения на содержание и структуру понятия национальной правовой системы². Основная цель здесь — показать принципиальные различия в российском и англо-американском подходах к понятию правовой системы и попытаться объяснить выявленные различия.

В монографии «Правовая система переходного периода: теоретические проблемы» В. В. Сорокин определяет правовую систему как целостное единство правовых явлений и процессов (позитивное право, правообразование, реализация права, правосознание), складывающееся в результате их взаимосвязи и взаимодействия и обеспечивающее юридическое воздействие на общественную жизнь³.

Исследователь выделяет четыре основных аспекта правовой системы:

- генетический, характеризующий процессы формирования права;
- нормативный, учитывающий формализованное содержание правовой системы;

¹ Матузов Н. И. Понятие и структура правовой системы // Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2002. С. 179.

² Подробно палитра точек зрения на соотношение понятия «правовая система» с другими широкими юридическими категориями представлена в следующих работах: Сорокин В. В. Правовая система переходного периода: теоретические проблемы. М., 2003; Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2002.

³ Сорокин В. В. Указ. соч. С. 60.

- функциональный, демонстрирующий действие правовой системы;
- юридиико-интеллектуальный, охватывающий все богатство правосознания¹.

Под правовой системой Н. И. Матузов понимает «совокупность внутренне согласованных, взаимосвязанных, социально однородных юридических средств (явлений), с помощью которых публичная власть оказывает регулятивно-организующее и стабилизирующее воздействие на общественные отношения, поведение людей и их объединения (закрепление, регулирование, дозволение, обязывание, запрещение, убеждение и принуждение, стимулирование и ограничение, превенция, санкции, ответственность и т. д.). Ученый выделяет такие блоки правовой системы, как нормативный, правообразующий, доктринальный (научный), статистический, динамический, блок прав и обязанностей².

Правовую систему Г. И. Муромцев определяет как «научную категорию, дающую многомерное отражение правовой действительности конкретного государства на ее идеологическом, нормативном, институциональном и социологическом уровнях. Соответственно, в структуре правовой системы выделяется четыре элемента:

- 1) доктринально-философский (идеологический), который включает в себя различные понятия и категории права, типы правопонимания;
- 2) нормативный, т. е. совокупность действующих в обществе правовых норм;
- 3) институционный, т. е. юридические учреждения — правотворческие и правоприменительные;
- 4) социологический, включающий в себя правоотношения, юридическую практику, различные формы реализации и применения права³.

Под правовой системой В. Д. Перевалов понимает «целостный комплекс правовых явлений, обусловленный объективными закономерностями развития общества, осознанный и постоянно воспроизводимый людьми и их организациями (государством) и используемый ими для достижения своих целей». Исследователь выделяет пять уровней правовой системы:

- 1) субъектно-сущностный, на котором основное внимание уделяется субъекту права в качестве системообразующего материального фактора правовой системы;
- 2) интеллектуально-психологический, на котором формируется определенная модель правопонимания и правосознания;
- 3) нормативно-регулятивный, выражающий значение нормы права как системообразующего фактора. Данный уровень составляет систему права — совокупность отраслей национального права;

¹ *Сорокин В. В.* Указ. соч. С. 42. Достаточно спорным остается невыделение автором институционального аспекта правовой системы.

² *Матузов Н. И.* Указ. соч. С. 178, 179.

³ *Муромцев Г. И.* Основные правовые системы прошлого и современности // Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С. 281, 282.

4) организационно-деятельностный, охватывающий правовую динамику — все юридически оформленные связи и отношения (правоотношения), формы реализации права, различные виды правового поведения людей, правотворческую, правоприменительную и правореализационную деятельность;

5) социально-результативный, отражающий взаимодействие субъекта права с государственно-правовым режимом и характеризующий, с одной стороны, освоение субъектом права правовой действительности (правовая культура, правовой нигилизм, правовой идеализм и др.), с другой стороны — идентичность, адекватное отражение интересов субъектов права государственно-правовым режимом в целом (правозаконность, правопорядок и др.)¹.

Своеобразие позиции А. В. Полякова заключается в том, что он рассматривает правовую систему в феноменолого-коммуникативном ракурсе и определяет ее как «явление, интеллектуально вычлененное из правовой действительности» и включающее в себя «лишь те правовые феномены, которые непосредственно взаимодействуют с социальным субъектом (обществом), обеспечивая возможность социальной объективации, интернализации (включая легитимацию) правовых текстов конкретного общества.

Рассмотренная таким образом, правовая система включает в себя все правовые тексты, а также средства правовой легитимации (в том числе общественное правосознание) и собственно право (систему права)².

Таким образом, согласно А. В. Полякову, правовая система по объему правовой действительности (реальности) находится между субъектами права и правовыми текстами и нацелена на процессы объективации и интернализации правовых текстов для субъектов права, из которых и складывается, согласно коммуникативно-феноменологической концепции, процесс правообразования.

В зависимости от типа правопонимания, которого придерживается тот или иной исследователь, в качестве центрального компонента правовой системы, ее ядра выделяются различные плоскости (аспекты).

Сторонники естественно-правового, психологического и феноменологического подходов выделяют в качестве центрального звена правовой системы правосознание. Представители персонцентризма видят субъекта права в центре правовой системы. Исследователи-позитивисты склонны считать, что система норм права образует ядро правовой системы, которое определяет все ее остальные компоненты. Юристы социологического направления ведущую роль в правовой системе отводят правовым отношениям, юридической деятельности³.

¹ *Перевалов В. Д.* Правовая система общества // Теория государства и права / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. М., 2001. С. 483—485.

² *Поляков А. В.* Указ. соч. С. 595.

³ Подробнее см.: *Байтин М. И.* Право и правовая система // Вопросы теории государства и права. Новые идеи и подходы. Вып № 2. 2000. С. 22—26.

В силу понятных причин большинство исследователей пытаются выделить один-единственный центр такого многогранного, многоуровневого и разнородного образования, как национальная правовая система. Результаты такой интеллектуальной процедуры неизбежно диктуются ценностными основаниями того или иного исследователя.

В то же время вполне возможно, на наш взгляд, трактовать правовую систему в качестве полифоничного образования с несколькими центрами в силу того, что содержание правовой системы складывается из разнородных компонентов, из которых не все можно более или менее объективно сопоставить друг с другом и сформировать обоснованное мнение о приоритетности того или иного компонента.

Английские и американские юристы не проводят различий между правовой системой и системой права, первое понятие трактуется ими достаточно узко. Так, Г. Харт приводит пять необходимых факторов, в совокупности формирующих правовую систему. Это наличие:

- 1) запрещающих и обязывающих норм;
- 2) компенсационных, правовосстановительных норм;
- 3) процессуальных норм в таких «механических» правовых сферах, как контрактное и наследственное право;
- 4) системы судов, которые определяют бы, что есть право, правонарушение и какие санкции последуют за его совершение;
- 5) органа, ответственного за создание, изменение и отмену правовых норм¹.

Нетрудно заметить, что в такой трактовке правовая система предстает исключительно нормативно-институциональным образованием, недооцениваются ее генетический, функциональный и идеологический аспекты.

В определении содержания правовой системы Дж. Ролз придерживается позиции социологического позитивизма, подчеркивая связь права и общества: «Правовая система является обязывающей иерархией общественных правил, адресованных рациональным индивидам в целях урегулирования их поведения и создания рамок для социальной кооперации»².

Более фундированная разработанность теоретических юридических конструкций в государствах романо-германской правовой семьи, в подавляющем большинстве случаев направленная исключительно на юридическую практику, «прикладная» дефиниция правовой системы в англо-американском праве — эти характерные особенности двух правовых семей современности объясняются их историческим происхождением.

Основой юридических знаний в современной континентальной Европе было и остается университетское образование и общетеоретическая, «фундаментальная» юридическая наука, в то время как

¹ Martin J. The English Legal System. L., 2001. P. 2.

² Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С. 210.

англо-американская правовая семья исторически была сформирована и развивалась на основе судебной практики, формировавшей исключительно «прикладные» дефиниции и конструкции.

Иными словами, англо-американским юристам не нужны юридические дефиниции, данные в чистом виде, сами по себе, вне юридической практики. Именно поэтому в Англии и США совершенно непопулярным считается написание юридических трактатов, единственной целью которых является объяснение соотношения различных широких юридических категорий.

Традиционный прагматизм англо-американских юристов не видит в таких трактатах никакого смысла и всегда готов высмеять их как излишнее пустословие. Вполне очевидно, что такая позиция не является аксиоматичной, прежде всего потому, что она не может быть научно обоснована.

В России же нет недостатка в исключительно теоретических трудах, потому как среди отечественных юристов нет единства мнений относительно их эвристической ценности. Более того, далеко не во всех теоретико-правовых работах у того или иного автора присутствует установка на то, что любые юридические категории и конструкции должны иметь определенное функциональное предназначение, функционировать не только на бумаге, но и, в первую очередь, в жизни.

Многие российские теоретики права говорят о необходимости связи теоретических конструкций с конкретными историческими государственно-правовыми реалиями (принцип историзма)¹, проверки их юридической практикой, о нацеленности теоретико-правовых категорий на преобразование государственно-правовой действительности².

На наш взгляд, представляется оправданным полагать, что любая правовая норма, конструкция или теория становится эвристически ценной лишь тогда, когда находит свое выражение в жизни права — применяется в юридической практике, правотворчестве, развивает науку права и в целом служит катализатором развития юридического образования и правовой культуры.

Данное мнение созвучно позиции Р. Паунда, который полагал, что степень авторитетности дефиниций, концепций и теорий права в конечном счете определяется тем, насколько верно они отражают конкретно-историческую специфику и нужды, вызвавшие их к жизни³.

Уникальность любой национальной правовой системы образуется за счет уникального опыта ее генезиса, специфики заложенных в ее основу фундаментальных правовых идей, ценностей, целей развития (справедливость, свобода, порядок, безопасность, польза, равенство и др.) и выражается в следующих базовых характеристиках:

¹ Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 2002. С. 14—15.

² Комаров С. А., Малько А. В. Теория государства и права. Учебно-методическое пособие. Краткий учебник для вузов. М., 2001. С. 193—194.

³ Дробышевский С. А. История политических и правовых учений. М., 2003. С. 386.

- 1) уникальность структуры правовой системы, внутренних взаимосвязей между подсистемами и элементами правовой системы;
- 2) своеобразии институционального аспекта правовой системы — ведущих правовых институтов, учреждений, организаций;
- 3) присущий только данной правовой системе набор основополагающих правовых конструкций — юридический словарь;
- 4) специфические методы мышления и работы представителей юридической профессии — методы аргументации и принятия решений, составления и толкования юридических актов;
- 5) характерные текстуальные источники (формы) права.

Если провести краткий анализ всех перечисленных граней (уровней, аспектов, элементов) правовой системы Англии, то выяснится, что все они, в комплексе формирующие уникальную целостность, были созданы полностью или в своей существенной части судебной властью.

На протяжении всей истории становления и развития правовой системы Англии судебная власть оставалась в центре событий, существенным образом влияла, а иногда и предопределяла направление дальнейшего генезиса правовой системы. Исторический фундамент английского права — общее право и право справедливости — был исключительно продуктом деятельности английских судей.

Их высокая корпоративная солидарность, обусловленная характером юридического образования в Англии, позволила здешней правовой системе стать менее зависимой от политических катаклизмов, приобрести качество преемственности, которое возможно лишь при эволюционном, а не скачкообразном (революционном) типе развития. Преемственность же, в свою очередь, ведет к повышению стабильности правовой системы и более высокой легитимности действующего права, к традиции уважения представителей юридической профессии в обществе.

«В целом органическое развитие правовой системы нуждается в постепенности. Потребность обеспечить существование этой системы требует эволюции, а не революции. Обычно оно требует непрерывности, нежели серии скачков. <...> Нормальное, надлежащее функционирование правовой системы требует медленного и постепенного продвижения», — пишет председатель Верховного суда Израиля А. Барак¹.

Известный британский исследователь П. Арчер утверждал, что именно английские суды «уберегли Англию от деспотизма и утвердили уважение к правопорядку»². Сложно спорить с данным утверждением.

§ 1.2. Судебная власть и ценности английской правовой системы

Судьи стали одним из центральных факторов, сформировавших своеобразный облик, «душу» правовой системы Англии — ее ценности и идеалы. «У нас есть важное правило, согласно которому право-

¹ Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 212.

² Арчер П. Английская судебная система. М., 1959. С. 63.

вая система не может поддерживаться одним лишь телом права. Телу правовой системы нужна душа, возможно даже сверх-душа. Правовая система найдет эту душу в характере и образе различных ценностных норм», — говорил судья Элон¹.

Следует отметить, что эффективное постижение любой национальной правовой системы невозможно без осознанного выделения ее правовых ценностей, идеалов, анализа взаимосвязей между ценностями, идеалами и реальными процессами внутри правовой системы. Как известно, эффективность действия права определяется исходя из его социальных задач, которые, в свою очередь, являются системами координат, заданными в соответствии с правовыми ценностями. К сожалению, вопрос о ценностях, об идеологическом срезе той или иной национальной правовой системы остается малоразработанным в отечественной юриспруденции.

Вопрос о ценностях права обычно освещается теоретиками права в общем формате. А. В. Поляков выделяет такие эйдетические (сущностные, свойственные праву самому по себе) ценности права, как порядок, безопасность, свобода, справедливость².

В либертарной концепции В. С. Нерсесянца правовыми ценностями являются равенство, свобода и справедливость³.

Высшими ценностями права, по С. С. Алексееву, являются неотъемлемые права и свободы человека, свобода и разум. Право трактуется как увековечение разумных начал и противопоставляется насилию и произволу⁴.

Со сменой правовых ценностей от коллективистских, социоцентристских, когда приоритетными объектами правовой защиты являются общество, коллектив, община, к персонистским, в которых ядром всей правовой системы выступает личность, персону, связывает А. П. Семитко правовой прогресс: «Основным разграничительным признаком социоцентристского и персонистского типов правовой культуры является то, какие ценности защищаются правом в первую очередь: если это человек, личность, персону, то перед нами — персонистская правовая культура, если это любая иная ценность, если это не личность, а община, общество, государство, идея, божество и т. п., то перед нами — социоцентризм, в котором формируются, действуют и защищаются так называемые коллективистские права, коллективистское право в целом и соответствующая — коллективистская — правовая культура»⁵.

¹ Цит. по: Барак А. Указ. соч. С. 89.

² Более подробно см.: Поляков А. В. Указ. соч. С. 304—359.

³ См.: Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С. 194—199.

⁴ См.: Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиск и решения. М., 2002. С. 369—382, 507—509, 545—556.

⁵ Семитко А. П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург, 1996. С. 172; Он же. Типы правовой культуры // Вестник Гуманитарного университета: Серия «Право»: Научный альманах. 2002. № 1. С. 61.

Исходя из данной классификации правовых культур и систем английская правовая система, несомненно, принадлежит к числу ярких представителей персонцентризма, и это будет показано далее. Тем не менее думается, что дихотомия персонцентризм-социоцентризм не охватывает всех ценностных граней той или иной национальной правовой системы, потому как самобытность, уникальность конкретной правовой системы, в том числе и в плане правовых ценностей и идеалов, формируется и функционирует не только в континууме «личность — государство».

Прикладной характер всего английского права, нацеленность не на создание и законодательное закрепление абстрактных декларативных принципов (что так часто имело место в континентальной Европе), а на эффективное разрешение конкретных споров — результат существовавшего в течение нескольких веков центрального положения внутри правовой системы именно практиков-судей, а не теоретиков-законодателей. В силу характера своей деятельности законодатель мыслит абстрактно, а судья — всегда конкретно.

«Характерным для романо-германского юриста является склонность к понятийной абстракции, понятийной конструкции, к возможно более полной систематизации всех правовых областей и дедуктивно-логическому рассмотрению логических связей. Английский юрист не утруждает себя обобщениями и абстракциями. Он лучше импровизирует и успешно опирается на свой собственный опыт», — отмечает А. Х. Саидов¹.

Той же точки зрения придерживаются и немецкие исследователи сравнительного права К. Цвайгерт и Х. Кетц, которые в своем классическом труде «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права» пишут: «Юристы общего права избегают обобщений и по возможности определений; их метод — активная казуистика. Они переходят от одного конкретного случая к другому и стремятся создать не что-то вроде логической системы, а исправно действующий механизм регулирования для каждого из них, не опасаясь логических несоответствий, которые рано или поздно могут привести к трудностям»².

Именно в силу конкретного (индуктивно-описательного) характера мышления, обусловленного природой судейской деятельности, английское право всегда черпало свои истоки не в логике и абстрактных понятиях, а в опыте и правовых ситуациях. Наиболее обобщенно его можно соотносить с правом континентальной Европы как эмпиризм с рационализмом³.

¹ Саидов А. Х. Введение в сравнительное правоведение. М., 1988. С. 58.

² Цвайгерт К. Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы. М., 2000. С. 283.

³ Вполне справедливо замечание Н. Н. Тарасова: «В современном мире достаточно сложно включить в рамки некоей юридической науки английскую правовую систему, хотя об ее определенном научно-исследовательском обеспечении говорить, видимо, можно». Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001. С. 216.

Примечательны в этом отношении слова известного американского судьи О. Холмса, который утверждал: «Жизнь права управляется не логикой, а опытом. Ощущение насущных потребностей времени, преобладающих моральных и политических теорий, интуитивное понимание общественной практики, сознательное или неосознанное, даже предрассудки, которые разделяют судьи со своими сослуживцами, имеют гораздо большее значение, чем силлогизмы в определении правил, при помощи которых должны управляться люди»¹.

Центральное положение судей в правовой системе во многом явилось источником формирования ведущих ценностей профессионального и обыденного правосознания в Англии. В первую очередь необходимо выделить такие ценности судейского правосознания как стабильность, традиционность и преемственность.

Две последние ценности сформировались во многом благодаря естественно-правовому правопониманию, которое являлось главенствующим в Англии XII—XVIII столетий. Показательной в этом смысле является деклараторная теория общего права известного английского юриста Уильяма Блэкстона, которую он сформулировал в классическом четырехтомном труде «Комментарии к законам Англии» (1765—1769).

В соответствии с деклараторной теорией общее право Англии существует объективно и неизменно во времени, а английские судьи, «хранители и живые оракулы общего права», не создают его, а лишь открывают и декларируют в суде. Иными словами, в доктрине У. Блэкстона английское общее право является вечным, объективным и по сути «над-человеческим» феноменом.

Применяя данную теорию на практике, многие поколения английских судей разрешали судебные дела таким образом, словно в общем праве в принципе не может существовать пробелов, а если разрешению спора не может помочь ни прецедентное право, ни законодательство (почти не развитое в тот период), то нормы общего права нужно постараться «открыть» с помощью опыта и разума английских судей.

Именно здесь кроется одна из центральных причин преемственности в развитии английского права. Исследователи отмечают: «Преемственность, как основная идея правового развития, выражается в том, что в Англии ни перед законодателем, ни в правоприменительной практике никогда не стоит проблема подлежащего заполнению «пустого правового пространства» путем издания правовых актов. Наоборот, там всегда исходят из изначального существования общего права как постоянно действующей всеобъемлющей юридической данности (*all-embracing law*). И она, эта всеобъемлющая юридическая данность, это всеобъемлющее право не может быть, как таковая, устранена. Она продолжается вечно»².

¹ Holmes O. The common law. Boston, 1938. P. 1. Цит. по: Боботов С. В. Буржуазная юстиция. Состояние и перспективы развития. М., 1989. С. 124—125.

² Кох Х., Магнус П., Моренфельс В. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С. 351—352.

Преимственности, эволюционному развитию английской правовой системы способствовал также основной метод судебного разрешения дел — метод аналогии, или принцип подобия — «сходные дела должны решаться сходным образом» (*like cases are treated alike*). В данном методе судебной деятельности заложен принцип уважения к опыту, накопленному судебной практикой прошлого, а потому английские судьи были вынуждены искать правильное решение настоящего судебного дела в судебных ежегодниках прошлого и всегда предпочитали традицию всевозможным новациям.

Именно в силу многовекового восприятия общего права Англии как вечного и неизменного судьи воспринимали законодательство как внешний по отношению к праву источник искусственного характера, «рукотворного» происхождения, который может лишь дополнять, но не изменять кардинально «судейский» фундамент английского права — традицию общего права. В литературе не без оснований отмечается, что еще в XVIII в. английские юристы единодушно полагали, что «право не относится к тому, что может быть сотворено людьми. Право просто есть и, следовательно, статуты, принимаемые парламентом, — это не что иное, как поправки к уже существующему порядку вещей»¹.

В основу английской правовой системы положены такие ценности, как эмпиризм, эффективность и практичность. Именно данные правовые ценности являются причинами казуистичности прецедентных норм, гораздо большей близости английского, нежели континентального права к тому, что в социологической юриспруденции принято называть «живым правом».

По мнению О. Эрлиха, право не сводится исключительно к юридическим правилам, принятым государством. В государственно организованном обществе всякая, даже самая малая, социальная ассоциация, в частности, семья, деревня, община имеет специфическое именно для нее «право... религию... мораль, кодекс внешнего приличия, такта, моды». Правовая норма, по Эрлиху, регулирует вопрос, который, по крайней мере, по воззрениям группы, где норма возникла, очень важна².

Во-первых, «живое» право, в отличие от «книжного», непосредственно отзывается на субъективных правах и обязанностях граждан через вынесение различными судами решений. Дж. Фрэнк, например, вообще полагал, что не нормы, а судебные решения образуют право. Решая дела, судьи творят право³.

Во-вторых, «живое» право является гибким, открытым и постоянно эволюционирующим, развивающимся в силу того, что судебные решения выносятся ежедневно и определяют, ограничивая или расширяя,

¹ *Caenegem R. C. van. Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History. L., 1987. P. 24—25. Цит. по: Романов А. К. Правовая система Англии. М., 2000. С. 65.*

² *Дробышевский С. А. Указ. соч. С. 291.*

³ *Цит. по: Богдановская И. Ю. Указ. соч. С. 55—56.*

субъективные права граждан. Именно поэтому общее право Англии, согласно Р. Паунду, нельзя представить в виде закрытой системы с четко определенными связями и структурой, неким «закрытым перечнем» норм, а скорее особыми приемами судебного разрешения дел и методами юридического мышления¹.

Аналогичную мысль высказывал и авторитетный французский компаративист Р. Давид: «Английское право — “система открытая”: оно выступает как метод, который позволяет разрешить любой вопрос, но не содержит норм, подлежащих применению в любых обстоятельствах»².

В-третьих, «живое» право неразрывно связано с фактами судебных дел, общественными отношениями, и потому более объективно и справедливо отражает их и судит их участников, нежели застывшее «книжное» право.

Эффективность и практичность английского права сложились также благодаря судьям. При разрешении конкретного судебного спора для сторон дела важен в первую очередь осязаемый результат, исходя из которого (наряду с другими факторами) отдельный индивид и общество в целом оценивают эффективность системы правосудия и всей национальной правовой системы. Поэтому совсем не случайно один из основных принципов английского прецедентного права гласит: «право там, где средства его защиты» (*ubi jus ibi remedium*)³. Та или иная отрасль английского права представляет в содержательном плане совокупность практических проблем, которые решаются английскими судами и создают нормативные решения — судебные прецеденты.

Практичность как одна из ведущих правовых ценностей в Англии проявляется также и в том, что юридическое образование и ныне, и на протяжении истории страны было нацелено на практику, реализацию своих знаний учениками юридических школ-гильдий, а в XX столетии — студентами школ права.

Если в системе юридического образования в континентальной правовой семье судебная практика, или закон в действии, является чем-то дополнительным по отношению к базовым теоретическим знаниям юридических принципов и законодательства в его чистом, статичном виде, то в англо-американской правовой семье знание судебной практики первостепенно — без него не сдать ни один экзамен по юридическим дисциплинам, а закон только тогда и считается частью действующего англо-американского права, когда он начинает реализовываться, — толковаться и применяться в судебной практике.

Определяющее значение в генезисе прецедентного права Англии сыграли такие ценности, как справедливость и моральность, состав-

¹ Pound R. The Spirit of Common Law. Boston, 1921. P. 1. Цит. по: Романов А. К. Указ. соч. С. 96.

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 245.

³ Судебные системы западных государств / под ред. В. А. Туманова. М., 1991. С. 90.

ляющие основу права справедливости. Э. Аннерс отмечает: «Взгляд на право и правопорядок англичан в основном был и во многом остается и по сей день более религиозно-моральным по своему характеру, чем на континенте. В Англии в основном использовали только методiku естественного права того времени. В такой методологии сохранялась еще связь с моральной теологией Средневековья. Среди английских юристов-профессионалов — судей и появившихся позднее во время Средневековья адвокатов, составлявших одно целое (поскольку ряды одних в значительной степени пополнялись за счет других) развилась религиозно-моральная по характеру точка зрения на право, которая постепенно превратилась в профессионально-этическую традицию, претендующую на главную роль юристов в деле сохранения правопорядка в стране. Среди английских юристов господствовало представление об их особом моральном призвании по защите и сохранению идей справедливости почти религиозного характера»¹.

В результате судебной практики лорда-канцлера были выработаны морально-правовые нормы-принципы — максимы права справедливости: «К праву справедливости может обращаться лишь тот, у кого “совесть чиста”, “кто добивается справедливости, должен сам поступать справедливо”, “право справедливости не оставит любое неправильное и нечестное поведение без ответственности”, “равенство есть справедливость”, “что обещано, то должно быть исполнено”, “право справедливости признает приоритет закона, но не допускает ссылки на закон в целях достижения бесчестных намерений”» и др.²

Тесная взаимосвязь права и морали дает о себе знать и в английской судебной практике XX в.: в деле *DPP v Shaw* (1962) английский суд создал и ретроспективно применил новый состав преступления — сговор с целью растления общественной морали; лорды-судьи апелляционного комитета палаты лордов специально отметили роль суда как *гаранта общественной морали*.

Отечественные исследователи зарубежного уголовного права отмечают: «В уголовном праве Англии и США имеет хождение и классификация преступлений согласно морально-этической оценке конкретных деяний. С этой точки зрения преступные деяния делятся на две группы: 1) преступления, которые «сами по себе являются злом», т. е. противоречат представлениям людей о добре и зле, о моральном и аморальном (убийство, телесные повреждения, хищения, мошенничество и т. п.); 2) деяния, которые становятся преступными только в силу вводимых государством запретов, независимо от того, осуждаются они моралью или нет (нарушения эксплуатации транспортных средств, нарушения в производстве и реализации товаров, лекарств, различные налоговые нарушения и т. п.). Английский юрист П. Девлин считает, что все преступления

¹ Аннерс Э. История европейского права. М., 1994. С. 262—263.

² См.: Романов А. К. Указ. соч. С. 111—114; Кох Х., Магнус П., Моренфельс В. Указ. соч. С. 358.

подразделяются на действительные (реальные), которые являются «грехом, получившим юридическое оформление» (убийство, хищения и пр.), и квази-преступления (формальные уголовные правонарушения)¹.

В то же время важно подчеркнуть, что тесная взаимосвязь правовых и моральных регуляторов в английской правовой системе не является достаточным основанием для причисления правовой системы Англии к неотдифференцированным религиозно-правовым или обычно-правовым (традиционным) системам, в которых правовые и неправовые социальные нормы не разграничиваются и функционируют в целостном единстве.

Чтобы внутри той или иной национальной правовой системы были слиты воедино правовые и морально-нравственные нормы, необходима высокая степень гомогенности общественной морали, что возможно в традиционных культурах (или при условии соединения государства и религии). Данная характеристика, вполне возможно, присутствовала в средневековой Англии XIV—XV вв., когда сформировалось право справедливости. Но очевидно также, что ее нет в современной Англии.

Право и мораль функционируют в стране отдельно, хотя изменения в развитии моральных регуляторов влияют на развитие правовых и *vice versa*. Так, в классическом учебнике Смита и Хогана по уголовному праву указывается, что в средневековой Англии общее право рассматривало все преступления как аморальные, греховные действия, в то время как современное уголовное право наказывает не только действия, противоречащие общественной морали, но и индифферентные для морали действия (бездействие). В то же время далеко не все аморальные действия (например, супружеские измены, аборты) считаются уголовно наказуемыми деяниями².

На тот факт, что нарушение далеко не всех заповедей Моисея (т. е. аморальных действий с точки зрения христианина) считается в современном английском уголовном праве преступлением, указывает Т. Молан³.

Англия является родиной либерализма, страной самого раннего в Европе судебного признания и законодательного закрепления прав и свобод личности и их достаточно эффективной защиты. Поэтому представляется обоснованным охарактеризовать английскую правовую культуру как персоноцентристскую: правовой системе Англии свойственны такие ценности, как индивидуализм (развившийся в Новое время), экономическая и политическая свободы⁴, неприкосновенность лично-

¹ Крылова Н. Е., Серебренникова А. В. Уголовное право зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии). М., 1998. С. 75.

² Smith & Hogan. Criminal Law. 10th ed., L. 2002. P. 17.

³ Molan T. M. Criminal Law. Textbook. 9th ed., L. 1994. P. 3.

⁴ Английский либерализм вырос на компромиссной основе: в XI—XII в. он был этнополитическим — между франко-нормадской элитой и англо-саксонским населением; затем, в XIII—XV вв., — уже политическим — между монархом и местными баронами. В Новое время складывается компромисс между земельной аристократией и буржуазией. См.: Смирнов А. В. Состязательный процесс. СПб, 2001. С. 155—156.

сти и частной собственности, которые ставятся выше государственных и общественных интересов, каких-либо абстрактных идей и др¹.

Уже текст Великой хартии вольностей 1215 г. (*Magna Carta*) содержит показательную в этом плане ст. 39: «Никакой свободный человек не должен быть схвачен или посажен в тюрьму, или ущемлен в своих правах и владениях, признан вне закона или сослан, или лишен своего положения каким-либо иным путем; мы не будем ни применять против него силу, ни посылать других делать это, кроме случаев законного суда ему равных или в силу закона этой земли»².

Известнейший юрист-классик, председатель Суда общих тяжб Эдвард Кук во время борьбы с английским абсолютизмом (I пол. XVII в.) в своих «Институциях» подчеркивал, что «свобода для человека ценней всего остального», настаивал на том, что не может быть торговли «правосудием или правом», никому не может быть отказано в «правосудии или праве», не может быть отсрочено исполнение «правосудия или права»³.

Хабеас Корпус Акт 1679 г. и Билль о правах 1689 г. также содержат статьи, указывающие на то, что в Англии Нового времени первостепенными правовыми ценностями являлись свобода и неприкосновенность личности и собственности.

Важно подчеркнуть, что традиционно именно судебная власть в Англии стояла на стороне защиты гражданских прав и свобод британских подданных. На это указывал и известный британский государствовед А. В. Дэйси, который, раскрывая содержание принципа верховенства права, определил английских судей как защитников прав и свобод британских подданных⁴.

В подтверждение тезиса о центральной роли судов как защитников прав британских подданных можно привести несколько прецедентов конституционного значения. Например, в деле *Entick v Carrington* (1765) суд признал незаконным приказ об обыске, выданный Государственным секретарем, и восстановил нарушенное право истца на неприкосновенность жилища. Лорд Кадмен в своем решении заявил, что любое проникновение в частные владения является правонарушением (*trespass*), если на это нет согласия хозяина или строго установленного законом разрешения.

В деле *Att.-Gen v Wilts United Dairies* (1922) действия правительства по установлению нового налога, исходя из делегированных парламен-

¹ Подробнее о социоцентризме и персоноцентризме см.: Семитко А. П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург, 1996. С. 147—205; Он же. Типы правовой культуры // Вестник Гуманитарного университета: Серия «Право»: Научный альманах. 2002. № 1.

² Конституции зарубежных стран : сборник / сост. В. Н. Дубровин. М., 2001. С. 12.

³ *Coke E. Institutes. Pt. 2. P. 45—46.* Цит. по: Ливанцев К. Е. История средневекового государства и права. СПб, 2000.

⁴ Административное право зарубежных стран / под ред. А. Н. Козырина. М., 1996. С. 51; *Wade E. C. S., Bradley A. W. Constitutional and Administrative Law. L., 1994. P. 100—101.*

том полномочий, были признаны судом незаконными, за пределами полномочий (*ultra vires*). Суд определил, что ни Закон об оброке (1914), ни один из актов делегированного законодательства, на основании которого действовали представители правительства, ни прямо, ни косвенно не давали им права устанавливать дополнительные налоги¹.

Несмотря на то, что законодатели и судьи Англии, в отличие от коллег в континентальной Европе, никогда не стремились создать исчерпывающих перечней снабженных юридической защитой прав и свобод граждан, которые представали бы в письменных документах в виде декларативных норм-принципов, в стране традиционно в отношении прав и свобод граждан действует общедозволительный тип правового регулирования — дозволено все, кроме прямо запрещенного законом. Английские конституционалисты писали: «Гражданин может пойти или поехать, куда он захочет, при условии, что он не нарушает запретов и велений уголовного права или прав других лиц»².

Именно общедозволительный тип регулирования гражданских прав и свобод является визитной карточкой персонцентризма. «Различие между социо- и персонцентристской правовой культурой в плане защиты интересов личности и коллектива примерно такое же, как различие между общедозволительным и разрешительным типами правового регулирования. Все дело в том, что лежит в основе — дозволение или запрет, чему отдается предпочтение в случаях коллизии интересов: интересам личности или интересам коллектива», — отмечает А. П. Семитко³.

Общедозволительный тип регулирования в отношении прав и свобод человека и гражданина объясняется тем, что в Англии традиционно считали, что права и свободы носят естественный характер, не зависят от провозглашения их в законе и являются не следствием, а источником законов. Ведь из строго позитивистского видения прав и свобод граждан с логической необходимостью следует, что любое право может быть приостановлено или совсем отнято с такой же легкостью, как оно было провозглашено, потому как для этого достаточно изменить текст закона. Поэтому права и свободы британских граждан (также как и прецедентное право в целом) в течение многих столетий воспринимались как естественно-правовые, что служило эффективной гарантией защищенности граждан от произвола государства и должностных лиц. Именно в силу такого естественно-правового восприятия прав и свобод в Англии объем защищаемых английскими судами прав и свобод граждан являлся и в настоящее время остается достаточно широким.

¹ Конституционное право зарубежных стран / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. М., 2000. С. 402.

² Уэйд Э.К.С., Филлипс Д. Г. Конституционное право. М., 1950. С. 410.

³ Семитко А. П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. С. 173; Он же. Типы правовой культуры. С. 61.

В 2000 г. британские граждане получили свой достаточно долго ожидаемый, писанный «Билль о правах» (*Bill of Rights*) — на территории Великобритании вступил в юридическую силу Акт о правах человека (1998), инкорпорировавший Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод (1950) в национальное законодательство Великобритании.

Тем не менее данный документ ни в коей мере не противоречит естественно-правовому пониманию прав и свобод граждан в английском общем праве, а лишь предоставляет еще одну «конституционную» гарантию их соблюдения.

Необходимо также отметить и исключительно практическую направленность английского подхода к институту прав и свобод граждан: для англичан важны не теоретические принципы, пусть даже самые гуманные и закрепленные в писаной Конституции высшей юридической силы, но вполне конкретные, «осязаемые» средства защиты отдельных прав частных лиц.

Англичане всегда «обращали гораздо больше внимания на приискание средств, которыми можно заставить признавать права частных лиц, <...> чем на провозглашение прав человека», — отмечал А. В. Дэйси¹.

Таким образом, представляется обоснованным вывод о том, что правовой системе Англии свойственна персонцентристская ментальность западного типа, характеризующаяся «развитостью личностного начала, настойчивым стремлением к выделению своего индивидуального “я” из общего “мы”, умением ценить и отстаивать духовную, интеллектуальную, нравственную, политическую независимость, бороться за гражданские свободы и права»².

В основе общего права Англии, разработанного судьями, лежат ценности разумности, соразмерности и целесообразности. На протяжении всей истории английского права право считалось плодом разума (*lex est aliquid rationis*).

Известный английский юрист XVII в. Эдвард Кук говорил, что «разум — это жизнь права, и общее право есть не что иное, как разум». Наличие разума как специфического источника английского права было вызвано естественно-правовым взглядом на право английских юристов, а также сменой культурных парадигм, которая произошла в Новое время и охарактеризовалась сменой веры в метафизику верой в разум, рациональность.

Исторически разум являлся тем фильтром, через который «просеивались» различные местные обычаи в результате работы разъездных

¹ Дэйси А. В. Основы государственного права Англии. М., 1907. С. 28. Цит по: Алебастрова И.А., Осавельюк А. М. Основы конституционного права Великобритании // Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Учебник. В 4-х томах. Том 3. Отв. ред. Страшун Б.А. М., 1998. С. 15.

² Бачинин В. А., Сальников В. П. Философия права. Краткий словарь. СПб, 2000. С. 177.

судей. По сей день обязательным признаком правового обычая является его разумность (т. е. наличие правового смысла).

В настоящее время под разумом понимается некий правовой смысл, который должно нести в себе принятое судьей решение в ситуации пробыла в праве: судебное решение должно быть разумно и целесообразно по отношению к существенным (материальным) фактам дела, отвечать требованиям правовой политики и справедливости в каждом конкретном деле. Таким образом, можно констатировать, что разум является английской аналогией права — т. е. тем инструментом, с помощью которого заполняются лакуны в казуистичном прецедентном праве и законодательстве.

Важно подчеркнуть, что разум как английская аналогия права основывается не на произвольном суждении того или иного судьи о справедливости в том или ином деле, а на общих принципах английского права, которые могут быть найдены в выработанных английскими юристами-классиками правовых доктринах; во мнениях судей, изложенных в *obiter dicta* судебного решения (в том числе могут быть использованы решения судов государств, в которых действует система общего права), а также в морально-правовых нормах-принципах — максимах права справедливости.

Следует также отметить, что разум действительно играет существенную роль в английском праве: он является основой конструкции «разумного человека», тест на разумность служит ведущим основанием для признания того или иного термина договора недобросовестным и недействительным, деятельность оферента (*offeror*) или акцептанта (*offeree*) в договорном праве, делинквента (*tortfeasor*) в деликтном праве, собственника (*freeholder, owner*) или арендатора (*tenant*) земельного участка — в земельном праве, доверительного собственника трасти (*trustee*) — в праве доверительной собственности также оценивается из критериев разумности применительно к конкретной ситуации.

Помимо этого, разум должен являться основой работы любого английского судьи и составлять постоянный ориентир, определяющий границы судейского усмотрения: «...материальные ограничения могут быть сведены к заключению, что у судьи есть обязанность использовать свое усмотрение разумно. Он должен действовать так, как разумный судья стал бы действовать при данных обстоятельствах дела»¹.

Разум, по мнению судьи А. Барака, включает в себя запрещение произвола, сознательный выбор здорового, внутренне непротиворечивого, согласованного решения, стремление достигнуть наилучшего решения путем взвешивания разумных соображений и определения весомости каждого из противоположных мнений².

¹ Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 36.

² Побробнее о «зоне разумности» в судебной деятельности см.: Барак А. Указ. соч. С. 37—39, 148—199, 312, 313. О разуме как источнике английского права см.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 264, 265, 268, 269; Марченко М. Н. Указ. соч. С. 718, 719.

§ 1.3. Судебная власть, генезис и структура английского права

Именно судебная власть определила основное деление структуры английского прецедентного права на общее право и право справедливости — в отличие от деления системы континентального (цивильного, или гражданского — *civil law*) права на частное и публичное, материальное и процессуальное, на отрасли, институты и нормы права.

Данное строение структуры английского права исходит прежде всего не из теоретических построений, «университетской», «схоластической» юриспруденции или авторитарного приказа законодательной или исполнительной власти, а из живого опыта развития правовой системы Англии, в центре которого всегда стояли английские судьи.

В своей монографии, посвященной юстиции Великобритании, Т. В. Апарова отмечает: «Английские судьи занимают особое место среди должностных лиц британских государственных учреждений. Эта замкнутая, сравнительно немногочисленная корпорация юристов сыграла основную роль в возникновении и развитии английского права»¹.

Общее право и право справедливости: основные вехи развития британской юстиции². Историю английского общего права нужно начинать с деятельности Вильгельма Завоевателя по созданию однородной, жесткой и четко упорядоченной системы вассалитета, основной принцип которой — «Вассал моего вассала — мой вассал».

Основной ценностью эпохи феодализма, как известно, была земля. Вильгельм предоставлял своим дружинникам за службу земельные участки, разбросанные по всей Англии. Затем в 1086 г. для налогообложения прошел учет королевских земель — была создана Книга Страшного суда, напоминающая по своему содержанию земельный кадастр.

Налоги проверяются Королевской Курией (*Curia Regis*), которая при Генрихе I (1100—1135) превращается в высшее казначейство (*Exchequer*) — у нее появляются не только контрольные функции, но и судебные, что служит основой для дальнейшего выделения в XIII в. из Курии Суда казначейства (*Court of Exchequer*).

Первоначально Курия рассматривала споры между крупными землевладельцами — держателями феода. Таким образом, земля как ведущая ценность эпохи феодализма, предопределила аграрный характер ранних судебных споров и всего общего права XII—XVII вв.

Для регулярного поступления в казну налоговых платежей стране были необходимы мир и порядок, и поэтому провозглашается исключи-

¹ Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании: Англия, Уэльс, Шотландия. М., 1996. С. 24.

² Подробнее об истории судов общего права и права справедливости см.: Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. С. 70—103; Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002. С. 3—13; Романов А. К. Указ. соч. С. 65—69; Богдановская И. Ю. Прецедентное право. М., 1993. С. 164—166; Гук П. А. Судебный прецедент как источник права. Пенза, 2003. С. 10—12.

тельная королевская юрисдикция в отношении тяжких преступлений, что также является источником королевских доходов в виде штрафов и конфискации имущества.

Компетенция Курии разрастается, что приводит в XIII в. к выделению из нее трех основных судов общего права:

— Суда королевской скамьи (*King's or Queen's Bench Court*), который рассматривает дела, затрагивающие интересы короны и имеющие важное политическое значение, например дела об измене, а также контролирует деятельность нижестоящих судебных учреждений;

— Суда общих тяжб (*Common Pleas Court*), рассматривающего жалобы на решения местных шерифских судов, а затем — большинство гражданских дел;

— Суда казначейства (*Court of Exchequer*), занимающегося рассмотрением всех судебных дел, связанных с налогообложением.

Все эти суды находились в Вестминстере, их компетенция практически оставалась неизменной до XVII в. Их судьи назначались монархом из числа серджентов (*serjants*) — юристов, получивших образование в юридических школах-гильдиях (с XIII в.), построенных на цеховом принципе.

Для поддержания централизации власти королю было необходимо постоянно контролировать местные суды, сдерживая центробежные тенденции, а также держать связь с населением. Поэтому Генрих II (1154—1189) постоянно переезжает с места на место (первоначально вместе с Судом королевской скамьи).

Начиная с 1176 г. постоянно действуют созданные Генрихом II разъездные судьи, которые рассматривают от имени короля уголовные дела, не разрешенные шерифами (это так называемые суды ассизов с участием присяжных (1166 г.), которые действовали в Англии вплоть до создания Суда короны в 1171 г. — иллюстрация преемственности).

Страна была разделена на шесть судебных округов; для каждого из них Генрих II назначал из состава Суда королевской скамьи по три разъездных судьи, которые рассматривали дела путем опроса населения.

Распространение института присяжных на уголовные дела, их обязательное участие в делах об убийствах, разбое, грабеже, фальшивомонетничестве¹, поджоге поставило королевскую юстицию в более выгодное положение по сравнению с местными судами, которые использовали ордалии, очистительную присягу.

Популярности королевской юстиции способствовал также авторитет отдельных английских монархов. Упадок местных и феодальных судов связывают также с учреждением на постоянной основе с 1360 г. должности мировых судей — хранителей королевского мира (*keepers of peace*), затем — мировых судей (*justices of peace*), на которых было возложено наряду с выполнением административных функций испол-

¹ Ливанцев К. Е. История средневекового государства и права. СПб, 2000.

нение некоторых мер полицейского характера по профилактике преступлений, а также рассмотрение мелких уголовных дел.

В силу этих причин королевские суды общего права начинают вытеснять местные суды (суды сотен, графств) и феодальные суды (баронские, манориальные, шерифские). Важно отметить, что расширение судебных функций королевских судов преследовало и финансовые интересы короны, ведь судебные пошлины существенно пополняли королевскую казну.

Разъездные судьи выполняли еще одну важную функцию — сбор обычаев королевства, их анализ и унификацию. Вильгельм и последующие английские короли уважительно относились к обычаям местного населения, и, по-видимому, это явилось залогом успешной ассимиляции норманнов среди англосаксов.

Вопрос об исключительно обычном характере раннего общего права остается спорным, но то, что обычаи учитывались в работе королевских судов в XII—XIV вв., не вызывает сомнений. Ф. М. Решетников и Т. В. Апарова в предисловии к книге Р. Кросса «Прецедент в английском праве» пишут: «Наиболее эффективно укреплению центральной власти способствовали разъездные суды. Через них, главным образом, и шел процесс образования общего права. В округах, где в период своих разъездов королевские судьи осуществляли правосудие, они знакомились с местными обычаями, а съезжаясь в Вестминстере, суммировали эти обычаи, чтобы вывести общие правила для единообразного рассмотрения дел в будущем. Предпочтение, естественно, на первых порах отдавалось именно обычаям, что отвечало политической программе укрепления центральной власти в противовес «центробежным» устремлениям баронов. Однако судьи, вероятно, руководствовались не только обычаями, а корректировали их дошедшими с континента нормами римского и канонического права, а также, возможно, и нормандскими законами. Учитывая эти источники, каждый судья выбирал подходящий, по его мнению, вариант решения конкретного дела, которое и становилось прецедентом на будущее. Так складывалось «общее» для всей страны право»¹.

Постепенно оно начинает вытеснять обычное право — так как партикуляризм обычаев препятствовал дальнейшей централизации королевской власти и распространению юрисдикции королевских судов. Королю необходимо было единое и управляемое право, и к XIV—XV вв. нормы, созданные судьями королевских судов, уже безоговорочно доминировали над нормами местных обычаев.

Таким образом, общее право (*common law*) в узком смысле² можно определить как неписаное судебское право, сложившееся в Англии

¹ Решетников Ф. М., Апарова Т. В. Предисловие // Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 16.

² Важно отметить, что термин «общее право» имеет, как и большинство юридических терминов, несколько значений. Само прилагательное «общее» указывает на тот ↻

в XII—XIII вв. в результате ранней централизации королевской власти и практики вестминстерских и разъездных королевских судов по разрешению земельных споров и уголовных дел на основе общих, действующих на всей территории английского государства правовых обычаев, а также норм, созданных самими королевскими судьями в результате рассмотрения конкретных дел.

Раннее общее право являлось исключительно публичным по своему характеру: суды общего права рассматривали те споры, которые прямо или косвенно затрагивали интересы короны. Дж. Гленвилль в XII в. писал: «Наши суды не защищают частных интересов».

Частноправовые отрасли английского права начинают зарождаться только в XIV в. Публичный характер раннего общего права просматривается и в особенностях возбуждения дела в королевских судах.

Сначала истец уплачивал судебный сбор чиновнику короля, затем истцу выдавалось предписание (приказ короля — *writ*), в котором излагалась суть тяжбы и отдавалось поручение судебному чиновнику, судье или руководителю суда учинить иск по данному конкретному делу и заслушать его в присутствии сторон.

Затем адресатом королевских приказов становился ответчик; если он не исполнял требования приказа, то нес ответственность за неуважение к суду — на него налагался штраф. Именно поэтому штраф в денежной форме как компенсация убытков стал практически единственным средством судебной защиты по общему праву.

За счет сходства причин, побудивших истцов к подаче иска, происходит постепенная выработка стандартных исковых формуляров (*forms of action*), число которых постепенно возрастало, что привело к сведению их в Реестры предписаний (*Register of writs*).

☞ факт, что исторически такое право противопоставлялось обычному местному, которое действовало лишь на отдельных территориях английского государства. Под общим правом в широком смысле, под системой общего права, понимается англо-американская правовая семья в целом, т. е. право государств, в национальных правовых системах которых произошла полная или частичная рецепция (заимствование) права Англии (США, Канада, Австралия, Новая Зеландия, страны Британского Содружества Наций (*Commonwealth*) — Индия, Бангладеш, Южная Африка и др.).

Об общем праве в широком смысле можно говорить лишь начиная с конца XV в., когда началась экспансия английского права на зависимые территории (колонии и доминионы). В широком смысле общее право противопоставляется праву гражданского, романо-германскому или системе гражданского права (*civil law system*). Общее право нередко противопоставляется и статутному праву, т. е. английскому законодательству. Здесь общее право уже понимается как английское прецедентное право, включающее в себя не только общее право в узком смысле слова — совокупность прецедентов, созданных решениями королевских судов, но и право справедливости, образованное в результате практики Суда лорда-канцлера.

Когда общее право противопоставляется праву статутному, ставится акцент на том, что субъекты создания общего права — это английские суды, и что оно носит неписанный характер, — т. е. не зафиксировано в законах Англии, в то время как статутное право носит писанный характер и субъектом его создания является высший законодательный суверенный орган государства — парламент. О различных значениях термина «общее право» см.: *McLeod I. Legal Method*. 3rd ed., L., 1999. P. 22—24, 28, 29.