

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО ПРАВА

ВЛАДИМИР АЛЕКСАНДРОВИЧ СЛЫЩЕНКОВ

Московская высшая школа социальных и экономических наук
(МВШСЭН),
125009, Российская Федерация, г. Москва, Газетный пер., д. 3–5, стр. 1
E-mail: vslyshchenkov@universitas.ru
SPIN-код: 9858-3401

DOI: 10.35427/2073-4522-2024-19-1-slyshchenkov

К ВОПРОСУ О СВОЕОБРАЗИИ АНГЛИЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Аннотация. Своеобразие английского частного права выясняется путем исторического изучения. Нынешнее или новое общее право возникло во второй половине XIX в. благодаря правовой рецепции из континентальных правовых порядков, которая впервые в английской правовой истории обеспечила преобладание материального гражданского права над процессуальным. Тем самым английское юридическое мышление примкнуло к континентальной парадигме, впервые появились английская правовая наука и образование. Напротив, исторически сложившееся или традиционное общее право было радикально отличным в силу своей процессуальной ориентированности, вопросы материального частного права трактовались в судах как вопросы факта. Средневековое общее право состояло прежде всего в практике устных судебных прений, подчиненных определенным правилам. В результате спор сторон обычно сводился к единственному вопросу факта, который передавался на разрешение присяжным. Краткое судебное решение составлялось почти автоматически на основании их вердикта. Начиная с XVI в. прения постепенно переместились на этап после вынесения вердикта, так заинтересованная сторона могла добиться переоценки судом установленных фактических обстоятельств в свете процедурных правил и тонкостей. Именно тогда смыслом судейской работы стало вынесение мотивированного решения. Однако традиционное общее право все больше замыкалось в процессуальном формализме. Такую ситуацию, плохо соответствующую общественным ожиданиям от правосудия, принципиально не изменила ни деятельность особого Канцлерского суда справедливости, ни отказ от латинского языка в судопроизводстве, ни прочие процессуальные преобразования, ни реформаторские усилия судьи У. Мэнсфилда в XVIII столетии. В целом на про-

тяжении истории традиционное общее право имело три основополагающие особенности: формы иска, техника прений и участие присяжных. Указанные особенности были законодательно устранены во второй половине XIX в. При этом казуистический метод сохранился, потому что судебные решения по-прежнему служили ведущим источником права. В настоящее время подлинное отличие английского частного права от континентального состоит в ключевом регулятивном значении правовых казусов, практических ситуаций правоприменения. Здесь выступает на поверхность необходимая казуистика любого позитивного права, которая на континенте замаскирована обобщающими законодательными предписаниями. Правовые казусы — это не случайные совокупности фактов, но всегда наглядная демонстрация и путь к пониманию смысла правового регулирования. Логическое рассуждение в праве имеет подчиненное значение, оно не должно вытеснять юридический поиск истинных законов, выражающих общую волю и опирающихся на спонтанное согласие людей с предписанными им правилами поведения.

Исторически сложившиеся особенности английского права и судебного процесса, понятие и развитие форм иска, а также их отличие от римских исковых формул излагаются в первой части исследования.

Ключевые слова: английское частное право, общее право, история английского права, отличие английского права от континентального, отношение английского права к римскому, правовая рецепция, правовой казус, логика в праве

VLADIMIR A. SLYSHCHENKOV

Moscow School of Social and Economic Sciences (MSSES)
125009, Russian Federation, Moscow, Gazetny Lane, 3–5, building 1
E-mail: vslyshchenkov@universitas.ru
SPIN-code: 9858-3401

ON THE ISSUE OF ALTERITY OF ENGLISH PRIVATE LAW

Abstract. The alterity of the English private law is clarified by way of historical research. The currently existing or new common law came into being in the second half of the 19th century owing to the legal reception from the continental jurisdictions which for the first time in the English legal history made the substantive civil law prevailing over the procedural law. Hence the English legal reasoning joined the continental paradigm, the English legal science and education first appeared. On the contrary, the historically emerged or traditional common law was radically different due to its procedural orientation, the questions of substantive law were considered by the courts as questions of fact. The medieval common law primarily consisted in the prac-

tice of oral pleadings regulated by certain rules. As a result the dispute of the parties was usually brought to the single question of fact which was put to the jury. A short judgement was composed almost automatically on the basis of their verdict. From 16th century the pleadings gradually moved to the stage after the verdict, so the interested party could achieve reassessment by the court of the established facts in light of the procedural rules and technicalities. It was when adoption of a motivated decision became the essence of the juridical work. However, the traditional common law was increasingly limited to a procedural formalism. This situation, which poorly corresponded to the public expectations from justice, was not principally changed neither by the activity of the separate Court of Chancery and Equity nor by rejection of Latin in the judicial proceedings, nor by other procedural transformations, nor by reformist efforts of Lord Mansfield CJ in the 18th century. In whole over the history the traditional common law had three fundamental features: forms of action, technique of pleadings and involvement of a jury. These features were removed by the legislation in the second half of the 19th century. However, the casuistic method remained because court decisions continued to serve the leading source of law. At present the true difference of the English private law from the continental one consists in a key regulatory role of the legal cases, the practical situations of the law enforcement. Here it comes to light the necessary casuistry of any positive law which is masked on the continent by the generalizing statutory provisions. Legal cases are not accidental aggregates of facts but they are always a clear demonstration and a way to understanding the essential meaning of the legal regulations. The logical reasoning in the legal field has a subordinate importance, it shall not displace the juristic search for true laws which would express common will and rest upon the people's spontaneous consent with the rules prescribed to them.

Keywords: English private law, common law, history of English law, difference of the English law from the continental law, the relationship between English law and Roman law, legal reception, a legal case, logic in law

Право живет не логикой, а опытом.

О.У. Холмс¹

Английское частное право большей частью содержится не в законодательных актах, а судебных решениях. В известном высказывании Ф. Поллок и Ф.У. Мейтленд иллюстрируют отличие английского права от континентального европейского указанием на фундаментальную схожесть английского и римского правового развития: «Пока другие народы Западной Европы приступали к усвоению конечных результатов римской правовой истории, Англия интуитивно воспроизводила эту историю; здесь развивалась формулярная система, которая

¹ *Holmes O.W., Jr. The Common Law. Boston, 1881. P. 1.*

в последующие эпохи послужит мощной защитой против романизма и отделит наше английское право от всех родственных ему правопорядков»². Как английскому или общему праву, так и римскому праву присущи казуистическое содержание и практическая направленность, правоположения выступают неразрывно связанными с фактами конкретных споров или дел (казусов). В приведенном высказывании слова «формулярная система» сближают, подчеркивают схожесть старых английских форм иска (*forms of action*) с римскими исковыми формулами (*formulae*). Напротив, континентальное европейское (романо-германское) право, включая российское, сводится к всеобщим, очищенным от фактических обстоятельств законодательным положениям, которые целенаправленно применяются при разбирательстве казусов, будучи принципиально от них отличными. Итак, право полагается и постигается в понятийном единстве с фактами или в обособлении от них. Приведенное рассуждение о сходстве общего права и римского права, которое якобы раскрывает своеобразие английского права относительно континентального, становится общим местом сравнительно-правовых изысканий³.

Подобное представление видится поверхностным, не учитывающим ключевое различие между исторически сложившимся, традиционным общим правом и новым общим правом, которое приходит на смену традиционному после упразднения форм иска в XIX в. Тем самым в ложном свете излагается отношение общего права к римскому на обоих указанных исторических этапах, а также искажается отличие английского частного права от континентального.

Настоящая статья включает четыре основные части. Во-первых, рассматриваются понятие и история форм иска и опирающегося на них судебного процесса. Во второй части обсуждается научность традиционного общего права. Третья часть посвящена новому общему праву, т.е. современному английскому частному праву, в отношении к континентальному праву. Наконец, в заключительной части предлагаются некоторые общетеоретические выводы.

² Pollock F., Maitland F.W. The History of English Law before the Time of Edward I. Vol. II. Cambridge, 1895. P. 556.

³ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М., 2000. С. 282; Михайлов А.М. Сравнительное правоведение: догма романо-германского права. М., 2022. С. 116–118; Томсинов В.А. Римское право в средневековой Англии // Античная древность и средние века. Проблемы социального развития. Свердловск, 1985. С. 131.

Формы иска

Исторически в Англии королевские суды играли важную роль в укреплении и распространении центральной власти. Сам король являлся источником решений, принимаемых его представителями. Будучи поддержанными авторитетом и силой короля, эти решения не могли игнорироваться, тем самым одновременно возвышали короля над различными местными, конкурирующими органами власти и правосудия. Тяжущиеся охотно обращались к королевскому судопроизводству ввиду существенных практических преимуществ, прежде всего, обеспеченной исполнимости решений, простоте процесса, а также (с конца XII в.) наличие централизованного письменного архива, предотвращавшего возобновление споров по однажды разрешенному делу⁴.

Вскоре после Нормандского завоевания в 1066 г. новые короли Англии усвоили обыкновение препоручать свои судебные полномочия доверенным лицам, придворным. Такие королевские представители поначалу совмещали судебные и административные функции, не имели постоянного местонахождения, потому что или следовали за королем в составе его совета, или перемещались между графствами, олицетворяя центральную власть на местах⁵. Специализированные судебные органы постепенно выделялись из королевского совета (*Curia Regis*), так что к концу XII в. — началу XIII в. можно различать три центральных судебных учреждения, каждое из которых обладало собственной, хотя не слишком строго определенной компетенцией: Суд казначейства (*Exchequer of Pleas*), Суд королевской скамьи (*King's Bench*) и Суд общих тяжб (*Court of Common Pleas*)⁶. Центральные суды — вместе с возникшим позже Канцлерским судом — постепенно обосновались в холле (но Суд казначейства — в одной из прилегающих палат) Вестминстерского дворца (*Westminster Hall*), действовали отдельно от короля, включая Суд королевской скамьи, участие короля в слушаниях которого прекратилось к началу XIV в.⁷ Применительно к общим тяжбам, не затрагивающим королевские интересы, ст. 17 Великой хартии вольностей 1215 г. прямо предусматривала разбирательство таковых в определенном месте, где бы ни находился король. В графства для судебных целей вместо королевских прибли-

⁴ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History. Oxford, 2019. P. 18.*

⁵ *Ibid. P. 19.*

⁶ *Ibid. P. 20–23.*

⁷ *Ibid. P. 45–46.*

женных отныне отправлялись судьи центральных судов в составе выездных сессий — ассизов (*assizes*)⁸.

На протяжении XIII в. судьи, а также частнопрактикующие поверенные сторон профессионализировались, образовывали особое профессиональное сообщество, так что уже до середины XIV в. твердо установлено, что судьи Королевской скамьи и Общих тяжб назначаются только из старших судебных адвокатов, так называемых сержантов права (*serjeants at law*)⁹. Судьи осознали и защищали свое особое положение в государстве, исходя из представления о «надлежащем правовом процессе» (*due process of law*), который охранял свободных людей от злоупотреблений и произвола со стороны власть имущих, не исключая самого короля, согласно ст. 39 Великой хартии вольностей, подкрепленной, помимо прочего, двумя законами (*statutes*) середины XIV в., впервые использовавшими указанное понятие¹⁰.

Именно общее право (*common law*), находимое и излагаемое высшими судами, превратилось в собственно английское право: в начале XV в. Суд королевской скамьи отменил решение суда Оксфордского университета, который согласно одобренному королем уставу применял римское гражданское право, поскольку на английских подданных должно распространяться общее право. Тогда же сформировалось судебское убеждение, что король исчерпал свои полномочия по разрешению споров, однажды передав их судам общего права¹¹. Однако король сохранил остаточные полномочия исправлять недостатки процесса, которые не поддавались этим судам, — на этом основании утвердились некоторые внесистемные судебные учреждения, компетенцию которых судам общего права приходилось признавать, прежде всего, Канцлерский суд (*Court of Chancery*)¹².

В начале XVII в. уже вековую судебскую независимость от королевской власти бескомпромиссно отстаивал судья Э. Кок в известной дискуссии с королем Яковом I (в судебном деле, отчет о котором написал сам судья), которому прямо заявил, что король не может разрешать судебные споры, поскольку не является судьей. Непривыкший к таким воззрениям разгневанный король, выходец из Шотландии, возразил, что право исходит из разума, а король не менее судей обладает тако-

⁸ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 23–25.

⁹ *Ibid.* P. 176.

¹⁰ *Ibid.* P. 60, fn. 3.

¹¹ *Ibid.* P. 105.

¹² *Ibid.* P. 107.

вым. В своем ответе Э. Кок полностью согласился, что его величество обладает прекрасными познаниями, однако подчеркнул необходимость для судей профессиональных правовых, а не общих знаний и умений: «...Его Величество не обучен законам его королевства Англии, и судебные дела о жизни или наследстве, или товарах, или имуществе его подданных не должны решаться согласно естественному разуму, но согласно искусственному разуму (*artificial reason*) и суждению о праве, а право есть деятельность, требующая долгого изучения и опыта, перед тем как человек сможет достигнуть его познания; и право есть золотой стандарт и мера при разбирательстве судебных дел его подданных, и оно охраняет безопасность и мир для Его Величества...»¹³.

Профессионализм юристов общего права в том виде, в каком оно традиционно складывалось и развивалось на протяжении веков вплоть до XIX в., заключался в основательном знании и мастерском применении правил и процедур судебного разбирательства, в конечном итоге восходящих к своеобразному институту формы иска (*form of action*).

Поскольку исторически королевское правосудие возникло не как обычное, ординарное судопроизводство, а как конкурирующее или дополняющее местные суды, доступ к нему испрашивался и предоставлялся королем в индивидуальном порядке. Истец получал, точнее, покупал, иногда недешево¹⁴, у канцлера предписание (*writ*), т.е. королевский приказ местному шерифу, основное содержание которого в разных вариантах сводилось к тому, чтобы пригласить ответчика в суд для разбирательства по указанному спору. Такое предписание начинало процесс в суде общего права, поэтому именовалось «исходным предписанием» (*original writ*); оно написано сжато, поэтому по-латыни называлось *breve*, т.е. краткое. В середине XIII в. Г. Брактон постулировал, что никто не может судиться без предписания: “*Non potest quis sine breve agere*”¹⁵. В традиционном общем праве «средство правовой защиты» (*remedy*) подспудно вытесняло и подменяло «субъективное право» (*right*) как основополагающее понятие юридического мышления и дискурса¹⁶.

Постепенно вокруг сходных ситуаций образовались типовые или стандартные предписания. Например, предписание о праве (*writ of right*), самобытный аналог римской *vindicatio*, предназначалось для

¹³ Case of Prohibitions del Roy [1607] EWHC KB J23.

¹⁴ См.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Vol. II. P. 203–204.

¹⁵ Цит. по: Maitland F.W. Seven Lectures on the Forms of Action // Maitland F.W. Equity and the Forms of Action. Cambridge, 1910. P. 299.

¹⁶ Ibid. P. 300.

защиты права на недвижимость, т.е. некоторой вещно-правовой позиции, которая в ходе процесса досконально не определялась, лишь выяснялось, у какой стороны она относительно лучше¹⁷. Наименование этого предписания видится исключением, подтверждающим правило: если бы королевское правосудие исходило из субъективных прав как таковых, все предписания составлялись бы о таком или ином нарушенном праве, тогда как в действительности они фокусировались скорее на тех или иных фактических обстоятельствах.

Поэтому для истребования движимого имущества применялось другое предписание — о незаконном завладении (*writ of detinue*), в котором не упоминается никакое «право» истца на вещь, только сообщается, что ответчик ее якобы «неправомерно удерживает» (*injuste detinet*). Ответчик имел выбор, выдать вещь или заплатить ее стоимость. Поэтому Г. Брактон подметил, что в общем праве нет виндикации движимого имущества. Отсюда своеобразное понятие «личной собственности» (*personal property*), которая в отличие от недвижимости (*real property*) истребуется личным (*personal action*), а не вещным иском (*real action*), не обеспечивающим получение искомого в натуре¹⁸.

Каждое предписание отражало факты определенного спора, однако различие предписаний не могло увеличиваться бесконечно, в конечном итоге это породило бы произвол и хаос судопроизводства. В середине XIII в. ответчик заявил, что суду надлежит аннулировать предписание, которое является «новаторским, неслыханным и неразумным»¹⁹. Ближе к концу того столетия закон прямо предусматривал, что канцлер может выдать новое предписание в похожем случае, подпадающем под такое же правовое регулирование и требующем по-

¹⁷ Цит. по: *Maitland F.W. Seven Lectures on the Forms of Action*. P. 318–321, 337. Вот полный текст предписания о праве, пример которого, подобно образцам прочих предписаний, сохранился в источниках, прежде всего реестрах предписаний (*registers of writs*): «Король приветствует шерифа. Прикажи X, чтобы он справедливо и без задержки отдал A жилой дом с принадлежностями в Трампингтоне, который, по его утверждению, принадлежит ему по праву и наследству, и который держит напрямую от нас, и относительно которого он жалуется, что вышеуказанный X несправедливо лишил его. И если он этого не сделает, и если вышеуказанный A предоставит тебе обеспечение для действий по его требованию, то хорошими посыльными вызови вышеуказанного X предстать перед нашими судьями в Вестминстере [в такой-то день], дабы объяснил, почему он этого не сделал. И передай туда это предписание с посыльными» (*Ibid.* P. 376).

¹⁸ *Ibid.* P. 355–356, 382.

¹⁹ Цит. по: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 63.

хожего средства правовой защиты: “...*in consimili casu cadente sub eodem jure et simili indigente remedio...*”²⁰. В конечном итоге имеющиеся типовые предписания стали рассматривать скорее как исчерпывающие. Новые свободно создавал лишь парламент, который делал это нечасто. За исключением видоизменений предписания о правонарушении (*writ of trespass*), канцлер использовал вышеуказанную возможность крайне скупое, а к 30-м гг. XVI в., когда впервые опубликован полный реестр предписаний (*Registrum Omnium Brevium*), изобретение предписаний практически прекратилось²¹. Выданное предписание могло аннулироваться судьями, зачастую консервативными, «не только если оно не соответствовало данному случаю, но также если оно противоречило их пониманию правового принципа»²². Предписания в качестве типовых, прошедшие проверку в суде и тем самым действительные, получили наименование «формы иска». Ко времени их отмены в середине XIX в. форм иска насчитывалось примерно семьдесят²³.

Прежде различных процессуальных преобразований, начавшихся со второй половины XV в., разбирательство в судах общего права отличалось следующими основными чертами. Во-первых, сутью судейской и вообще юридической работы были прения сторон (*pleadings*), а не судебное решение. Не отклоняясь от содержания предписания, истец подробно излагал требование — эта вводная речь именовалась декларацией (*declaration*) или, на французский манер, рассказом (*count*)²⁴. Ответчику предлагалось возразить одним из трех способов: отрицать все положенные в основу требования факты (*general traverse*) или один факт (*special traverse*); или отрицать правовое значение фактов, которые не должны порождать требование против ответчика по английскому праву (*demurrer*); или признать факты, но при этом предъявить новые, оправдывающие ответчика (*confession and avoidance*), — тогда истец выбирал для последующего возражения один из указанных путей. Цель прений заключалась в том, чтобы под руководством суда выявить ключевой спорный вопрос фактического или юридического характера (*issue*). Обычно приходили именно к вопросу факта, когда утверждение стороной всех или одного из фактических обстоятельств

²⁰ Цит. по: *Maitland F.W. Seven Lectures on the Forms of Action*. P. 345.

²¹ См.: *Maitland F.W. The History of the Register of Original Writs // Harvard Law Review*. Vol. III. No. 3. 1889. P. 97–98.

²² *Maitland F.W. Seven Lectures on the Forms of Action*. P. 346.

²³ См.: *Samuel G. A Short Introduction to the Common Law*. Cheltenham, 2013. P. 55.

²⁴ *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 83, 85, fn. 36.

наталкивалось на прямое отрицание этого другой стороной. Тогда привлекали присяжных для вынесения вердикта²⁵.

Выступления в суде были устными и предварительными (*tentative*), в рамках таких прений аргументированные возражения выдвигались для обсуждения совместно с судьями и могли быть уточнены или заменены на другие, пока окончательно сформулированное стороной возражение не помещалось в протокол в письменном виде, после чего сторона не могла ни отказаться, ни изменить его²⁶. Ключевой вопрос мог быть только одним, поэтому против одного требования допускалось только одно возражение. Например, ответчику по иску о долге не разрешалось оправдываться одновременно своим несовершеннолетием и фактически состоявшимся возвратом долга (хотя то и другое могло иметь место), но надлежало выбрать одно из возражений²⁷. Коротко говоря, с юридической стороны вердикт присяжных и вообще судебное решение предreshались на этапе прений, зависели от искусства представителей сторон посредством прений подвести присяжных и судей к желаемому результату и избежать нежелательного. Поэтому в середине XV в. Т. Литтлтон написал, что «наука (*science*) хороших прений по искам личным и вещным является одной из самых почетных, похвалных и доходных предметов в нашем праве»²⁸.

Прежде XVI в. прецедент (*precedent*) означал судебное обыкновение, «обычай королевского суда»²⁹, а не определенное ранее состоявшееся решение по другому подобному делу. На основании вердикта присяжных судебные решения составлялись автоматически, причем не обязательно судьями, но также сотрудниками аппарата суда, не содержали никаких обоснований или мотивов³⁰. Подлинную юридическую ценность имело «общее знание» (*common learning*), общепринятое учение и практическое видение, которое отражалось в прениях сторон, а также советах и указаниях (*awards*) судей относительно возможности и допустимости того или иного выдвинутого сторонами возражения (*plea*)³¹. Как правило, судьи не чувствовали необходимости

²⁵ *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 84–85.

²⁶ *Ibid.* P. 85–86.

²⁷ *Ibid.* P. 96.

²⁸ *Littleton T.* Treatise of Tenures / Ed. by T.E. Tomlins. London, 1841. P. 533 (s. 534).

²⁹ См.: *Pollock F., Maitland F.W.* The History of English Law before the Time of Edward I. Vol. I. P. 162.

³⁰ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 87.

³¹ *Ibid.* P. 209, 87.

обсуждать и полагаться на прецеденты, несколько самонадеянно считая себя обладающими исчерпывающим знанием судебных обычаев (*consuetudo curiae*), — трудность состояла в том, чтобы показать им, что они не знают всего³².

Официальным письменным хранилищем общего юридического знания, средневековых судебных прецедентов были протоколы или записи судебных разбирательств, включая предъявленные иски и окончательные решения, выполненные на пергаменте (*plea rolls*). Однако уже с XIII в. они стали слишком сокращенными и формальными, опускали доводы сторон и мотивы судебных решений, кроме того, не были доступны всем желающим³³. Недостаток сведений о происходящем в судах, будь то для целей юридического образования или практики, преодолевался благодаря новой разновидности юридической литературы — судебным отчетам (*reports of cases*), которые подготавливались и распространялись частными лицами, начиная уже со второй половины XIII в.³⁴ Средневековые сборники отчетов получили в XIX в. наименование «ежегодники» (*year books*)³⁵; в них излагались не судебные решения, а прения сторон³⁶.

Вторая существенная черта средневекового судебного разбирательства в судах общего права заключалась в том, что прения предшествовали установлению фактических обстоятельств. Если выявленный в результате прений ключевой спорный вопрос оказывался вопросом факта, спор передавался присяжным на местах, от которых ожида-

³² См.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Vol. I. P. 163.

³³ См.: Baker J. An Introduction to English Legal History. P. 188.

³⁴ Ibid. P. 188—189.

³⁵ Ibid. P. 192.

³⁶ Ibid. P. 191, fn. 27. Например, см. прения о вдовьей части наследства (*dower*), которую требовала девочка десяти с половиной лет к моменту смерти мужа, вступившая в брак прежде возраста брачного согласия (*age of consent*), для девочек составлявшего 12 лет (столь ранние браки случались, но были оспоримыми): Margaret (Wife of Edward) v. Banstead // Year Books of Edward II. Vol. XVI. A.D. 1313—1314 / Ed. by W.C. Bolland. London, 1922. P. 26—29; комментарий см.: Ibid. P. XXIX—XXX. В данном деле присяжные вынесли относительно редкий «специальный вердикт» (*special verdict*), т.е. после выяснения фактического возраста попросили суд об окончательном решении. Ибо возраст как таковой не предрешал обоснованность заявленного требования. Присудить или нет вдовью часть наследства в таком возрасте было вопросом права, находящимся в компетенции суда, а не присяжных. Ежегодник здесь сохранил прения, которые происходили уже после вердикта. Суд в течение года уклонялся от вынесения решения, пока ответчик наконец не исполнил требование добровольно. О специальном вердикте см.: Baker J. An Introduction to English Legal History. P. 88.

ли справедливости по существу дела. При этом судьи предпочитали не углубляться в детали, поэтому поощряли общее отрицание заявленных фактов: якобы лучше вред (*mischief*) в одном деле, чем беспорядок во многих³⁷. Оспаривание какого-либо одного факта допускалось в зависимости от формы иска, если отсутствие нужной сосредоточенности запутает присяжных. Например, ответчик по иску о побоях (*battery*), чтобы оправдаться самозащитой, заявлял этот факт особо. Если он ограничивался общим отрицанием, т.е. просто утверждал свою невиновность (*not guilty*), присяжные будут исследовать только факт побоев, скорее всего, вынесут вердикт против ответчика³⁸. Поскольку вердикт присяжных выступал разновидностью доказательства, вопрос не передавался присяжным, если приводились другие доказательства, которые допускались формой иска, например клятва свидетелей (*wager of law*)³⁹. Кроме того, если сторона отваживалась на отрицание правового значения заявленных фактов, т.е. формально ставила вопрос права, присяжные не привлекались, однако решение не выносилось, пока судьи не достигали единодушия, на практике редкого⁴⁰.

В рамках прений каждая сторона старалась добиться такой формулировки ключевого вопроса, чтобы получить от присяжных нужный и однозначный вердикт, среди прочего, учитывая практическую возможность и убедительность доказательств, которые потребуются предъявить присяжным. Однако вердикт остается в целом неопределенным, особенно ввиду судейской предрасположенности к общим отрицаниям. «Например, — пишет Дж. Гордли, — если лошадь ответчика понесла и ударила истца, присяжные могли прийти к выводу об ответственности ответчика или заключить, что не ответчик, а лошадь ударила истца, или, возможно, что ответчик не совершал нарушения, что бы они под этим ни понимали. Никогда нельзя знать заранее»⁴¹.

Работа присяжных тяжела, отчасти имела репрессивный характер, обусловленный необходимостью единогласия 12 присяжных, а также стремлением обеспечить их неподверженность влиянию сторон⁴². Уже в XV в. Дж. Фортескью восхваляет этот институт, однако поддан-

³⁷ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 87.

³⁸ *Ibid.* P. 87–88.

³⁹ *Ibid.* P. 81–82.

⁴⁰ *Ibid.* P. 86, 209.

⁴¹ *Gordley J. The Jurists. A Critical History*. Oxford, 2013. P. 25.

⁴² См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 83.

ные короля не сразу распознали в нем фундамент английской свободы, ставший поводом для гордости. Состоятельные люди испрашивали у короля освобождение от столь обременительной и иногда опасной повинности, которую приходилось нести менее богатым свободным землевладельцам, хотя во второй половине XIII в. королевское постановление освободило от службы присяжными владельцев земель ниже определенного ценза⁴³. Присяжных лишали еды (в том числе собственной), воды и огня, пока они не придут к единодушию, если это не помогало — могли посадить в телегу и возить по округе до достижения согласия⁴⁴. В середине XIV в. выездной судья даже отправил в тюрьму единственного несогласного присяжного и принял вердикт 11, впрочем, впоследствии отмененный ввиду обязательности полного единогласия⁴⁵. Привлечение присяжных к разбирательству гражданских споров существенно уменьшается только во второй половине XIX в., когда новое законодательство позволило судьям самостоятельно разрешать вопросы факта, и практически прекращается лишь к середине следующего столетия⁴⁶.

Третья важная особенность судебного разбирательства по общему праву в Средние века состояла в использовании латинского языка в официальных документах и французского — в прениях, впрочем, в обоих случаях как профессиональных диалектов, а не полноценных языков. Французский оказался особенно искаженным — это англо-французский юридический диалект, «который не был бы понят в Париже»⁴⁷. Английский не был основным языком традиционного общего права. Так оставалось до конца XVII в., когда юридический англо-французский практически полностью вышел из употребления (причем закон об английском языке в прениях вместо французского был принят еще в середине XIV в.)⁴⁸. Окончательный переход к английскому произошел только благодаря закону 1731 г., который также отменил использование латинского языка, что стало значительной реформой⁴⁹.

⁴³ См.: *Pollock F., Maitland F.W.* Op. cit. Vol. II. P. 629.

⁴⁴ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 82.

⁴⁵ Ibid. P. 83, fn. 27.

⁴⁶ Ibid. P. 100.

⁴⁷ Ibid. P. 35.

⁴⁸ См.: *Baker J.* The Three Languages of the Common Law // *McGill Law Journal*. 1998. Vol. 43. No. 3. P. 21, 24.

⁴⁹ Ibid. P. 13, 20.

Формальности общего права выглядели по-латински. Предписания, судебные документы и вердикты, протоколы составлялись только на латыни, на которую также переводили сказанное в суде⁵⁰. Когда в XV в. вместо устных прений сторон до передачи вопроса присяжным в обыкновение вошли оформленные письменно декларации истцов и возражения (со второй половины XVI в. после представления в суд считавшиеся окончательными и неизменяемыми), они также излагались на латинском языке⁵¹. Латынь олицетворяла самостоятельность процесса, содержание которого не отражало, а как будто подменяло содержание материально-правового отношения⁵². Если предписание содержало грамматическую ошибку, суд его аннулировал; если ошибка в представленных сторонами документах изменяла или искажала смысл заявленного, судьи исходили из написанного, что могло привести к проигрышу дела. Например, в 60-х гг. XVII в. суд отказал обивщику мебели в иске об оплате расписных драпировок (*painted hangings*), потому что представитель истца назвал их по-латыни “*pictas pellices*” (вероятно, вместо *pelles*, т.е. шкуры), что буквально означало «раскрашенные шляхи», ибо договоры о таком незаконны⁵³. Судебный документооборот на латинском создавал немалые трудности для юристов, которые большей частью знали латынь неважно, тем более учитывая, что мертвый язык приходилось приспособлять к новым предметам, не имевшим общепринятых латинских обозначений. Суды допускали приблизительный перевод вкупе с точным английским наименованием после вводных слов «по-английски называемый» (*Anglice vocatus*)⁵⁴. Ближе к концу XVII в. специально для практикующих юристов составлен словарь латинских эквивалентов, предположительно правильных, английских слов и выражений, некоторые из которых ранее не переводились. Из него узнавали, среди прочего, что «игра в футбол» по-латыни будет *pilae pedalis lusus*, а «джентльмен» — *generosus*⁵⁵.

Итак, жизнь средневекового общего права проходила в судебных прениях по конкретным спорам, причем прения разворачивались

⁵⁰ См.: *Baker J.* The Three Languages of the Common Law. P. 10.

⁵¹ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 90, 188. В помощь практикующим юристам публиковались сборники типовых документов на латыни, такие как: *Coke E.* A Book of Entries. London, 1671.

⁵² См.: *Baker J.* The Three Languages of the Common Law. P. 15–16.

⁵³ *Ibid.* P. 13–14.

⁵⁴ *Ibid.* P. 14–15.

⁵⁵ См.: *Meriton G.* Nomenclatura Clericalis. London, 1685. P. 163, 14.

в традиционных процессуальных формах, определявшихся выбранной формой иска. Юристы обсуждали не исходное материально-правовое отношение, а предъявленное требование как таковое. Прения отделялись от фактических обстоятельств, влиявших на содержание процесса лишь опосредованно, насколько допускалось судебными процедурами. Кроме того, разбирательства вершились не на английском, а на чужом языке, преимущественно латинском, отчасти — юридическом англо-французском. По словам А. Уотсона, «материальное право оказывается неважным в отличие от преобладающей процедуры. С точки зрения клиента, человека с проблемой, английское право — это извращение (*perversion*). В Англии... он попадает в лабиринт процессуальных вопросов, которые — помимо влияния на исход дела — ему полностью безразличны»⁵⁶. Суды традиционного общего права, строго говоря, правосудие не отправляли. Ибо не стремились к суждению о праве, тем самым выяснению и удовлетворению законных интересов истца и ответчика. Они самостоятельно осуществляли властные полномочия по разрешению споров, действуя подобно административно-бюрократическим органам, конкретный смысл деятельности которых состоит в ее соответствии заведенному порядку.

Неудовлетворительность такого судопроизводства делала неизбежными перемены, которым способствовала конкуренция между судами. Несмотря на существенные преобразования, общее право оставалось традиционным, т.е. основанным на формах иска, пока они не были законодательно отменены в середине XIX в.

* * *

Недостатки традиционного общего права являлись системными, которые не могли быть полностью исправлены и преодолены изнутри: «...система предписаний, формы прений, правила доказывания, изменчивая исполнительность шерифов, непредсказуемость присяжных. Возможностей технической ошибки был легион»⁵⁷. Английские подданные, не получившие справедливости в судах общего права, издавна направляли королю жалобы или прошения (*bills*) с просьбами о милости; постепенно основным должностным лицом, разбирающим подобные жалобы, стал канцлер⁵⁸. С середины XIV в. прошения

⁵⁶ *Watson A. Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development // Loyola Law Review. 1990. Vol. 36. No. 2. P. 257.*

⁵⁷ *Baker J. An Introduction to English Legal History. P. 110.*

⁵⁸ *Ibid. P. 106.*

все больше адресовались ему напрямую; а ближе к концу того столетия вместо перенаправления ответственному должностному лицу или в суд с требованием исправить несправедливость канцлер начал рассматривать их по существу и принимать меры самостоятельно. Тогда возникает особый Канцлерский суд, который по-новому продолжает старинную работу канцлера по выдаче предписаний, так что опять как будто могли сказать, что никто не уйдет от канцлера без защиты: “*Nullus recedat a curia cancellariae sine remedio*”⁵⁹.

Канцлерский суд работал на английском языке и практически постоянно — в отличие от судей общего права, заседавших примерно 90 дней в течение года⁶⁰, максимально учитывал фактические обстоятельства, не был связан формами иска⁶¹, не привлекал присяжных. Его решения применялись только к сторонам индивидуального спора, они не образовывали прецедентов, тем более не изменяли и не дополняли общее право, лишь преобладали над ним применительно к данному случаю, однако — как сложилось после случившегося в начале XVII в. крупного судебного конфликта (тогда канцлер взял вверх, но ненадолго)⁶² — вынесенные судами общего права решения пересмотру не подлежали⁶³. Канцлерский суд поначалу разбирал жалобы очень неформально, стал популярным именно как экстраординарный суд совести и здравого смысла, а не общего права и даже вовсе не права, несмо-

⁵⁹ *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 109–110. Подробное изложение на русском языке исторических и теоретических основ канцлерского судопроизводства см.: *Паламарчук А.А.* Цивильное право в раннестюартовской Англии: институты и идеи. СПб., 2015. С. 200–221.

⁶⁰ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 73.

⁶¹ Ответчик приглашался к канцлеру посредством «предписания о явке» (*writ of subpoena*), но это было не исходное предписание (*original writ*) как источник формы иска, скорее напоминало выдаваемое судом так называемое судебное предписание (*judicial writ*), разве что адресованное не шерифу, а ответчику. Предписание о явке никакого упоминания о форме иска не содержало, вот его текст: «Король приветствует С.Д., эсквайра. По определенным причинам, предъявленным нам в нашей канцелярии, мы твердо приказываем, чтобы ты, отложив все иные дела и любые отговорки, лично явился к нам в нашу вышеупомянутую канцелярию через три недели после Михайлова дня, где бы мы тогда ни находились, чтобы дать там ответ по вопросам, которые будут против тебя выдвинуты, а после сделать и принять все, что наш вышеупомянутый суд присудит в этой связи. Не ослушайся этого под страхом (лат.: *sub poena*. — В.С.) взыскания ста фунтов. И имей с собой там это предписание» (Ibid. P. 589). На практике вместо штрафа неявившийся ответчик обвинялся в неуважении к суду и подвергался приводу (Ibid. P. 111–112).

⁶² Ibid. P. 117.

⁶³ Ibid. P. 112, 114.

тря на некоторую увлеченность правом римским и каноническим, — впрочем, начиная с середины XVI в. канцлерами обыкновенно становились юристы общего права⁶⁴.

К XVII в. из беспорядочной совокупности канцлерских решений по единичным делам образовалось «право справедливости» (*equity*) — вспомогательная система правового регулирования, основанная на собственных принципах («кто идет за справедливостью, должен приходить с чистыми руками» и проч.⁶⁵), применяемая только Канцлерским судом. Право справедливости не рассматривалось как конкурент общего права, лишь исправляло его недостатки и заполняло пробелы, вырабатывая новые средства правовой защиты, преимущественного неденежного характера, вроде судебного запрета (*injunction*) или исполнения договора в натуре (*specific performance*), и правовые институты, такие как доверительная собственность (*trust*)⁶⁶. Несмотря на оформление принципов и правил, а также преобразование решений в прецеденты, начиная с XVII в. судопроизводство Канцлерского суда неуклонно ухудшалось и усложнялось, постепенно стало равнозначным «расходам, волоките и отчаянию»⁶⁷, художественно изображенным Ч. Диккенсом в романе «Холодный дом». Окончательное слияние права справедливости с общим правом, которое при этом усвоило несомненные процессуальные и материально-правовые преимущества и достижения права справедливости, произошло благодаря законодательному упразднению старых судов общего права и Канцлерского суда и созданию единого Верховного суда (*Supreme Court of Judicature*) в 1875 г.⁶⁸

Суды традиционного общего права практически не учитывали и не ориентировались на принципы и правила, институты и юридические понятия, образующие право справедливости. Преобладающим каналом, посредством которого право справедливости все же воздействовало на общее право, было законодательство, иногда использовавшее ценные наработки Канцлерского суда, которые благодаря этому становились общеобязательными⁶⁹. Но однажды деятельность

⁶⁴ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 115, 117.

⁶⁵ Подробнее о принципах права справедливости (*maxims of equity*) см.: *Holland H.A.* English Legal Authors before 1700 // *The Cambridge Law Journal*. 1947. Vol. 9. No. 3. P. 322–324.

⁶⁶ *Samuel G.* Op. cit. P. 14–15, 57–62.

⁶⁷ *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 120.

⁶⁸ См.: *Samuel G.* Op. cit. P. 18.

⁶⁹ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 215.

Канцлерского суда оказала непосредственное влияние на судопроизводство общего права, способствовав его решительному обновлению.

В течение XV в. судьи и юристы общего права с некоторым беспокойством наблюдали за развитием канцлерского судопроизводства, опасаясь оттока тяжущихся. Тогда именно Суд королевской скамьи, который не имел обширной частноправовой компетенции в отличие от Суда общих тяжб, благодаря новым процессуальным механизмам улучшил разбирательство, сделал его привлекательнее для сторон, что в последующем позволило перенести туда значительную долю споров не только из Канцлерского суда, но также из Суда общих тяжб⁷⁰. Во-первых, в середине XV в. открыли способ избавить истцов от предварительного получения предписаний у канцлера. Судебное разбирательство начиналось на основе адресованной Суду королевской скамьи жалобы, в которой фиктивно утверждалось, что ответчик якобы совершил правонарушение (*trespass*) в месте нахождения суда, тогдашнем графстве Мидлсекс — для привлечения к суду здесь не требовалось канцлерское предписание о правонарушении (*writ of trespass*). Затем суд приказывал шерифу взять ответчика под стражу посредством судебного предписания, именованного «он скрывается» (*latitat*), причем не важно, в каком другом графстве тот фактически находился. Такой ответчик, в том числе отпущенный под поручительство (*on bail*), считался присутствующим в Суде королевской скамьи, что позволяло — согласно стародавнему обычаю — предъявить против него личный иск, в том числе относящийся к общим тяжбам, — например, иск о долге (*action of debt*) или о незаконном завладении (*action of detinue*), или о соглашении (*action of covenant*), — без получения у канцлера исходного предписания, направив напрямую в суд соответствующую жалобу⁷¹. Никаких дальнейших действий по изначальному фиктивному заявлению о правонарушении не предпринималось, ибо смысл заключался во второй жалобе, содержавшей действительное требование истца⁷². Изобретательность Суда королевской скамьи сэкономила истцам время и отчасти пошлины, но главная выгода заключалась в том, что затратная юридическая работа начиналась только тогда, когда становилось ясно, что ответчик присутствует и дело имеет перспективы. С конца XV в. до середины XVII в. количество разбираемых Судом королевской скамьи споров выросло по меньшей мере в 10 раз, причем

⁷⁰ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 46–48.

⁷¹ *Ibid.* P. 48–50.

⁷² *Ibid.* P. 49.

во многом за счет Суда общих тяжб⁷³. Хотя этому помогло не только избавление от предписаний, но и использование новых форм иска.

Процесс на основе жалобы (*by bill*) привел к тому, что канцлерские (исходные) предписания перестали требоваться для преобладающего большинства споров в Суде королевской скамьи⁷⁴. Последней попыткой остановить чрезмерное усиление этого суда стал принятый в 1661 г. закон, требующий раскрывать «подлинное основание иска» (*the true cause of action*). После некоторого замешательства юристы Королевской скамьи нашли способ соблюсти букву закона, просто дополнив судебное предписание о взятии ответчика под стражу (основанное на заявлении о фиктивном правонарушении) упоминанием о второй жалобе, отражавшей действительное требование истца: оговорка «а также» (*ac etiam*)⁷⁵. В конце 70-х гг. XVII в. оказавшийся на грани забвения Суд общих тяжб от безысходности одобрил подобную фикцию, устраняющую необходимость предварительного получения предписаний⁷⁶; к тому времени Суд казначейства уже вполне освоил аналогичный процессуальный механизм. Произошедшая перемена не только сделала все суды общего права почти взаимозаменяемыми⁷⁷, но также превратила канцлерские предписания — историческую основу общего права — в малозначимый на практике институт. Однако формы иска остались: декларации истцов должны были соответствовать предписанию, подразумеваемому заявленным требованием; судебное разбирательство подчинялось применимым процессуальным правилам и процедурам, как будто предписание действительно получено⁷⁸.

Второй процессуальный шаг, сделанный Судом королевской скамьи в условиях конкуренции с Канцлерским судом ради привлечения тяжущихся и лучшего соответствия общественным ожиданиям от судопроизводства, состоял в выработке новых форм иска. Из иска о правонарушении (*action of trespass*), который допускался лишь при посягательствах «силой и оружием» (*vi et armis*)⁷⁹, начиная с середины XIV в. путем вольной аналогии постепенно возникали различные иски, причем некото-

⁷³ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 50.

⁷⁴ См.: *Hollond H.A. Writs and Bills // The Cambridge Law Journal*. 1942. Vol. 8. No. 1. P. 22.

⁷⁵ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 53.

⁷⁶ *Ibid.* P. 54.

⁷⁷ *Ibid.* P. 56.

⁷⁸ См.: *Hollond H.A. Writs and Bills*. P. 26–27.

⁷⁹ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 68.

рые без оговорки о «силе и оружии» — они именовались «о правонарушении применительно к данному случаю» (*trespass on the case* или *actions on the case*, или просто: *case*), иначе говоря, учитывали особые обстоятельства конкретного спора⁸⁰. Все ответвления иска о правонарушении сложились в несколько форм, которые к XVII в. практически вытеснили старинные, процессуально менее удобные иски⁸¹. Без большого преувеличения можно сказать, что с формальной точки зрения общее право стало тогда почти целиком деликтным правом⁸².

Яркой иллюстрацией указанного развития служил одобренный Судом королевской скамьи иск, получивший наименование «о принятом на себя» (*action of assumpsit*), включая приспособленный к взысканию денежной задолженности вариант — «о принятом на себя долге» (*indebitatus assumpsit*). В появившихся формах иска неисполнение взаимного соглашения, предусматривавшего встречное предоставление каждой стороны (*consideration*)⁸³, трактовалось как правонарушение, деликт. Новые средства судебной защиты преодолели процессуальные ограничения старых исков о соглашении и о долге, значительно упростили привлечение к ответственности и истребование причитающегося при неисполнении договоренностей⁸⁴. В 1602 г. вопреки сопротивлению судей Общих тяжб после пяти лет обсуждений принято решение по делу Слэйда (*Slade's case*), которое рассматривалось всеми королевскими судьями в особом порядке совещания по сложным вопросам. Решение подтвердило допустимость исков «о правонарушении применительно к данному случаю» взамен старых исков; кроме того, договорное обещание отныне признается «принятым на себя», защищаемым одноименным иском. Простое двусторонне обязывающее соглашение, не подкрепленное ни состоявшимся исполнением одной стороны, ни письменной формой, тем самым бесповоротно получило полную судебную защиту в общем праве⁸⁵.

⁸⁰ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 69–71.

⁸¹ *Ibid.* P. 51, 77, 75.

⁸² Подробное изложение на русском языке исторических видоизменений иска о правонарушении, включая описание важнейших судебных дел, см.: *Халфина П.О. Договор в английском гражданском праве*. М., 1959. С. 48–57.

⁸³ Основные сведения о встречном предоставлении (*consideration*) в связи с иском «о принятом на себя» см.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 361–363.

⁸⁴ Подробнее см.: *Халфина П.О. Указ. соч.* С. 57–65.

⁸⁵ Подробнее см.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 150, 363–368.

Причем это правовое достижение — юридическая обязательность консенсуального договора, особенно устного — было обеспечено глубоко процессуальными средствами, без разработки и определения материальных понятий договорного права, таких как оферта и акцепт, вина или убытки. В дискурсе традиционного общего права подобные слова и выражения имели бытовое, а не специальное юридическое значение⁸⁶. Ведь материально-правовые вопросы договорных споров, допустим, объем причитающихся с неисправной стороны убытков, юристами предметно не изучались, потому что передавались присяжным только как вопросы факта⁸⁷.

Вышеуказанные процессуальные изменения, несмотря на достигнутые положительные результаты, предупреждали о начавшемся упадке традиционно сложившейся системы общего права, формальная сторона которой становилась все более самодовлеющей и преобладающей над содержанием. Прочие процессуальные перемены, вызванные не конкуренцией с Канцлерским судом, но внутренним развитием судопроизводства общего права, сделали конец практически неизбежным.

В XVI в. устные прения сторон, благодаря широко распространенным процессуальным средствам, главным образом, ходатайству о новом разбирательстве (*motion for a new trial*)⁸⁸, переместились на стадию после вердикта, установленные которым факты (и зачастую прочие относящиеся фактические обстоятельства) обсуждались и оценивались судом, причем без повторного привлечения присяжных⁸⁹. Именно тогда сутью судейской работы стало вынесение мотивированного решения. Ежегодники, содержавшие прения, остались в прошлом; их место заняли отчеты о судебных решениях (*law reports*), которые до 60-х гг. XIX в. подготавливались и публиковались целиком в неофициальном, частном порядке⁹⁰. В средневековом процессе каждая сторона стремилась посредством прений достигнуть удобного ей вопроса для присяжных, тем самым отталкивалась от фактов. Теперь же прения служили переоценке установленных фактов в свете процедурных тонкостей ради отмены невыгодного стороне вердикта и вынесению противоположного судебного реше-

⁸⁶ Подробнее см.: *Gordley J. Op. cit. P. 24–26.*

⁸⁷ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History. P. 89, 373.*

⁸⁸ *Ibid. P. 90–93.*

⁸⁹ *Ibid. P. 89–90.*

⁹⁰ *Ibid. P. 192–195.*

ния⁹¹. Кроме того, участились злоупотребления «специальным возражением» (*special plea*) по отдельным вопросам, чтобы усложнить, затянуть или запутать процесс (с начала XVIII в. ответчику позволялось неограниченное количество таких возражений)⁹². К середине XIX в. проблемы судопроизводства общего права, особенно после неудачной попытки в 30-х гг. возродить искусство прений в первоначальной, почти средневековой чистоте⁹³, оказались настолько запущенными, что никакие объяснения столь «утонченного и диковинного предмета» (как сказано в XVII в.)⁹⁴ больше не казались хоть малость убедительными.

В памфлете против процессуального консерватизма, написанном незадолго до законодательной реформы, покончившей с традиционной системой общего права, воображаемый диалог разворачивается на том свете между судьей и истцом, простым фермером, однажды проигравшим дело недобросовестному ответчику по процессуальным соображениям, несмотря на бесспорную обоснованность заявленных требований. Судья искренне оправдывает замысловатые правила прений интересом суда и присяжных. «Это было бы очень хорошо, — отвечает истец, — если бы люди обращались в суд для удобства судей и присяжных, а не ради того, чтобы добиться справедливости для себя»⁹⁵. Английское общество ждало других судов. Отсюда большая популярность местных судов (*county courts*), составленных из профессиональных судей, которые были учреждены в 1846 г. для небольших частноправовых споров, отличались исключительной простотой процесса без форм иска, правил о прениях и разделения между общим правом и правом справедливости⁹⁶. Отправляемое этими судами

⁹¹ Например, в деле *Leame v. Bray* (1803) 3 East 593 ответчик попросил оставить предъявленный иск о правонарушении силой и оружием (*trespass vi et armis*) без рассмотрения (*nonsuit the plaintiff*), потому что полагалось заявить другой иск — о правонарушении применительно к данному случаю (*case*). Ответчик не преуспел лишь потому, что его видение разграничения исков не нашло понимания у судей. Иск о правонарушении нужно предъявлять, если ущерб непосредственно причинен действием ответчика, а если косвенно, то надлежащее средство судебной защиты — это иск о правонарушении применительно к данному случаю.

⁹² См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 96–97.

⁹³ *Ibid.* P. 97–98.

⁹⁴ См.: *Hale M. The History of the Common Law of England*. Chicago, 1971. P. 111.

⁹⁵ *Hayes G. Crogate's Case: A Dialogue in the Shades on Special Pleading Reform*. London, 1854. P. 25.

⁹⁶ См.: *Baker J. An Introduction to English Legal History*. P. 31; *Hayes G. Op. cit.* P. 32–33.

«содержательное правосудие» (*substantial justice*) стало как будто другой крайностью, противоположной формализму традиционного общего права, иногда выглядевшей не менее странно⁹⁷.

Оказавшись в середине XIX в. между двумя негодными вариантами, архаичным процессом общего права и судебским произволом здравого смысла, английские юристы прибегли к заимствованию достижений континентальной юриспруденции. Радикальность изменений, которые пересоздали общее право на новой основе, обусловлена принципиальным отличием английских форм иска от древнеримских исковых формул.

* * *

Расцвет римской юриспруденции связан с судебным процессом посредством формул (*per formulas*), который окончательно заменил древний процесс посредством законных исков (*per legis actionis*) к концу I в. до н.э.⁹⁸ Исковая формула представляла собой предназначенное для определенной правовой ситуации средство судебной защиты, предусмотренное магистратами (римскими должностными лицами), преимущественно городским претором, в публикуемых для общего сведения и регулярно обновляемых эдиктах (к середине II в. н.э. собранных в «вечный эдикт»: *edictum perpetuum*), согласно которым предъявлялись иски для разбирательства судьями⁹⁹.

В отличие от английских форм иска, римские исковые формулы описывали спорную ситуацию не с фактической, а юридической стороны, посредством правовых понятий — купля-продажа, поклада, злой умысел, добросовестность и проч., — нацеленных на юридическое осмысление исходного, материально-правового отношения сторон¹⁰⁰. Различие формул как таковое не имело юридической значимо-

⁹⁷ Анекдотичное описание нового судопроизводства на местах показывает его характер независимо от того, насколько подобные случаи действительно имели место: «Ответчик заявил, что не в состоянии заплатить по требованию истца, истец согласился с этим, но добавил, что хотя ответчик сам не может заплатить, у него есть тетья, которая может; судья был того же мнения и вынес решение против тети. Говорят, это стало ведущим прецедентом в местных судах, на который ссылаются так: “Дело моей тети”» (*Hayes G. Op. cit. P. V*).

⁹⁸ См.: *Дождев Д. В.* Римское частное право. М., 1996. С. 180–181.

⁹⁹ Подробнее см.: там же. С. 107–112.

¹⁰⁰ Например, формула иска из договора купли-продажи: «Поскольку Авл Агерий купил у Нумерия Негидия (условные имена истца и ответчика. — *В. С.*) раба, в связи с которым предъявлен иск, и это является предметом иска, все, что в этой

сти, потому что лишь отражало правовое различие оснований иска, ведь «каждый иск фундаментально такой же, как любой другой»¹⁰¹. Факты отнюдь не втискивались в неизменные процессуальные формы. Напротив, исковые средства совершенствовались и уточнялись соответственно правовым потребностям и ожиданиям римлян, в этом состояла задача юристов, которые писали, например, комментарии к эдикту¹⁰². Иски исходили из законных интересов людей, постигнутых как субъективные права, поэтому римская исковая формула — лишь инструмент, а не сущность права.

Римские юристы видели в разбираемых казусах, спорных ситуациях проявления общих правовых понятий, тогда как английские юристы традиционно использовали казусы для прояснения границ (*boundaries*) между исками¹⁰³. Иначе говоря, римские юристы стремились найти и высказать должное в имущественных и связанных с ними отношениях между людьми, т.е. какими такие отношения должны быть. Такое или иное понимание должного определяло перспективу исковой защиты в каждом конкретном случае.

Любое понятие есть абстракция от несущественного ради выражения существенного. В отношениях по поводу вещей человек выступает субъектом, ибо стремится и действует, подчиняет объекты своей воле непосредственно или посредством соглашений с другими субъектами. Здесь существенное — быть субъектом. Однако понятие есть также форма, тем самым определение возможностей. Субъект как осознанная возможность — это «лицо» (*persona*). Исходя из понятия лица, юристы рассматривают субъекта формально как соответствующего возможности субъекта. Отсюда объекты как возможности — для субъекта как возможности. Понятие «право собственности» есть осмысление фактической принадлежности в модусе возможности, именно поэтому право позволяет искать потерянную собственность. «Возможность есть тогда, — разъясняет Ж.П. Сартр, — когда вместо того, чтобы просто быть тем, чем я являюсь, я выступаю в качестве права быть тем, чем я являюсь»¹⁰⁴. Вообще понятие «право»

связи Нумерий Негидий должен дать или сделать для Авла Агерия в соответствии с доброй совестью, судья, осуди к этому Нумерия Негидия в пользу Авла Агерия; если не выяснится, оправдай» (цит. по: *Watson A. Op. cit. P. 253*).

¹⁰¹ *Watson A. Op. cit. P. 260*.

¹⁰² См.: *Дождев Д.В. Указ. соч. С. 112*.

¹⁰³ См.: *Gordley J. Op. cit. P. 21*.

¹⁰⁴ *Сартр Ж.П. Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии / Пер. с фр., предисловие В.И. Колядко. М., 2000. С. 131*.

означает законный, т.е. общепризнанный, интерес или стремление как возможность, предоставленную лицу правом порядком. Своеобразие подлинно юридического мышления, исторически первыми представителями которого были римские юристы, заключается в том, чтобы охватить социальную действительность в понятиях человеческих возможностей, которые тем самым становятся действительными. Например, деньги рассматриваются по-юридически не как фактическая денежная сумма, а также не цель, тем более не абстрактная (безотносительно субъекта) возможность вещей превращаться в деньги, но со стороны прав и обязанностей что-либо делать (или не делать) с деньгами. Право есть область возможного, в которой человек зависит только от себя; обязанность одного — это отражение права другого. Поэтому юриспруденция есть единственная наука о свободе, которая постигается в понятиях как сущность или должное в отношениях между людьми.

Юристы традиционного общего права также мыслили формально, посредством понятий, таких как «форма иска». Однако научные понятия призваны излагать существенные черты изучаемого предмета. В противном случае — если несущественное выдается за существенное, которое тем самым устраняется из мышления, — нельзя говорить о науке. Научная состоятельность или пригодность процессуальных понятий общего права разбирается в следующей части настоящей работы.

Окончание следует

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Дождев Д.В.* Римское частное право. М.: Норма, 1996.
- Михайлов А.М.* Сравнительное правоведение: догма романо-германского права. М.: Юрайт, 2022.
- Паламарчук А.А.* Цивильное право в раннестюартовской Англии: институты и идеи. СПб.: Алетейя, 2015.
- Сартр Ж.П.* Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии / Пер. с фр., предисловие В.И. Колядко. М.: Республика, 2000.
- Томсинов В.А.* Римское право в средневековой Англии // Античная древность и средние века. Проблемы социального развития. Свердловск: УрГУ, 1985. С. 122–134.
- Халфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. М.: Издательство АН СССР, 1959.
- Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М.: Международные отношения, 2000.

- Baker J.* An Introduction to English Legal History. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Baker J.* The Three Languages of the Common Law // *McGill Law Journal*. 1998. Vol. 43. No. 3. P. 5–24.
- Coke E.* A Book of Entries. London: John Streater, James Flether, 1671.
- Gordley J.* The Jurists. A Critical History. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Hale M.* The History of the Common Law of England. Chicago: The University of Chicago Press, 1971.
- Hayes G.* Crogate's Case: A Dialogue in the Shades on Special Pleading Reform. London: B.E. Bult, 1854.
- Hollond H.A.* English Legal Authors before 1700 // *The Cambridge Law Journal*. 1947. Vol. 9. No. 3. P. 292–329.
- Hollond H.A.* Writs and Bills // *The Cambridge Law Journal*. 1942. Vol. 8. No. 1. P. 15–35.
- Holmes O.W., Jr.* The Common Law. Boston: Little, Brown and Company, 1881.
- Littleton T.* Treatise of Tenures / Ed. by T.E. Tomlins. London: S. Sweet, 1841.
- Maitland F.W.* Seven Lectures on the Forms of Action // *Maitland F.W. Equity and the Forms of Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1910. P. 293–386.
- Maitland F.W.* The History of the Register of Original Writs // *Harvard Law Review*. Vol. III. No. 3. 1889. P. 97–115.
- Meriton G.* Nomenclatura Clericalis. London: Richard Lambert, 1685.
- Pollock F., Maitland F.W.* The History of English Law before the Time of Edward I. Vol. I, II. Cambridge: Cambridge University Press, 1895.
- Samuel G.* A Short Introduction to the Common Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.
- Watson A.* Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development // *Loyola Law Review*. 1990. Vol. 36. No. 2. P. 247–268.
- Year Books of Edward II. Vol. XVI. A.D. 1313–1314 / Ed. by W.C. Bolland. London: Quaritch, 1922.

REFERENCES

- Baker, J. (2019). *An Introduction to English Legal History*. Oxford: Oxford University Press. (in Eng.).
- Baker, J. (1998). The Three Languages of the Common Law. *McGill Law Journal*, 43 (3), pp. 5–24. (in Eng.).
- Bolland, W.C. ed. (1922). *Year Books of Edward II. Vol. XVI. A.D. 1313–1314*. London: Quaritch. (in Eng.).
- Coke, E. (1671). *A Book of Entries*. London: John Streater, James Flether. (in Eng.).
- Dozhdev, D.V. (1996). *Rimskoe chastnoe pravo* [Roman Private Law]. Moscow: Norma. (in Russ.).
- Gordley, J. (2013). *The Jurists. A Critical History*. Oxford: Oxford University Press. (in Eng.).

- Hale, M. (1971). *The History of the Common Law of England*. Chicago: The University of Chicago Press. (in Eng.).
- Hayes, G. (1854). *Crogate's Case: A Dialogue in the Shades on Special Pleading Reform*. London: B.E. Bult. (in Eng.).
- Hollond, H.A. (1947). English Legal Authors before 1700. *The Cambridge Law Journal*, 9 (3), pp. 292–329.
- Hollond, H.A. (1947). English Legal Authors before 1700. *The Cambridge Law Journal*, 9 (3), pp. 292–329. (in Eng.).
- Hollond, H.A. (1942). Writs and Bills. *The Cambridge Law Journal*, 8 (1), pp. 15–35. (in Eng.).
- Khalfina, R.O. (1959). Dogovor v angliiskom grazhdanskom prave [Contract in English Civil Law]. Moscow: Izdatelstvo AN SSSR. (in Russ.).
- Littleton, T. (1841). *Treatise of Tenures*. Ed. by T.E. Tomlins. London: S. Sweet. (in Eng.).
- Maitland, F.W. (1910). Seven Lectures on the Forms of Action. In: Maitland F.W. *Equity and the Forms of Action*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 293–386. (in Eng.).
- Maitland, F.W. (1889). The History of the Register of Original Writs. *Harvard Law Review*, III (3), pp. 97–115. (in Eng.).
- Meriton, G. (1685). *Nomenclatura Clericalis*. London: Richard Lambert. (in Eng.).
- Mikhailov, A.M. (2022). *Sravnitel'noe pravovedenie: dogma romano-germanskogo prava* [Comparative Jurisprudence: Dogma of Roman-Germanic Law]. Moscow: Yurait. (in Russ.).
- Fyodorov, S.E. ed. (2015). Palamarchuk, A.A. *Tsivil'noe pravo v rannestyuartovskoi Anglii: instituty i idei* [Civil Law in The Early Stuart England: Institutions and Ideas]. Saint-Petersburg: Aletheia. (in Russ.).
- Pollock, F. and Maitland, F.W. (1895). *The History of English Law before the Time of Edward I*. Vol. I, II. Cambridge: Cambridge University Press. (in Eng.).
- Samuel, G. (2013). *A Short Introduction to the Common Law*. Cheltenham: Edward Elgar. (in Eng.).
- Sartre, J.-P. (2000). *Bytie i nichto: opyt fenomenologicheskoi ontologii* [Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology]. Translated from French. Moscow: Respublika. (in Russ.).
- Tomsinov, V.A. (1985). Rimskoe pravo v srednevekovoi Anglii [Roman Law in Medieval England]. In: *Antichnaya drevnost' i srednie veka. Problemy sotsial'nogo razvitiya* [Ancient Antiquity and Middle Ages]. Sverdlovsk: URGU, pp. 122–134. (in Russ.).
- Watson, A. (1990). Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development. *Loyola Law Review*, 36 (2), pp. 247–268. (in Eng.).
- Zweigert, K. and Koetz, H. (2000). *Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava. Tom I. Osnovy* [An Introduction to Comparative Law. Volume I. Foundations]. Translated from German by Yu. M. Yumashev. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya. (in Russ.).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Слыщенко Владимир Александрович — доцент кафедры гражданского и арбитражного процесса факультета права Московской высшей школы социальных и экономических наук, доцент кафедры теории и истории частного права ИЦЧП имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, кандидат юридических наук, доктор права.

AUTHOR'S INFO:

Vladimir A. Slyshchenkov — Associate Professor, Department of Civil and Arbitration Process, Law Faculty, Moscow School of Social and Economic Sciences, Associate Professor, Department of Theory and History of Private law, Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alexeev, Candidate of Legal Sciences, Ph.D. in Law.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Слыщенко В.А. К вопросу о своеобразии английского частного права // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2024. Т. 19. № 1. С. 81–108. DOI: 10.35427/2073-4522-2024-19-1-slyshchenkov

FOR CITATION:

Slyshchenkov, V.A. (2024) On the Issue of Alterity of English Private Law. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS, 19(1), pp. 81–108. DOI: 10.35427/2073-4522-2024-19-1-slyshchenkov

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО ПРАВА

ВЛАДИМИР АЛЕКСАНДРОВИЧ СЛЫШЧЕНКОВ

Московская высшая школа социальных и экономических наук
(МВШСЭН),
125009, Российская Федерация, Москва, Газетный пер., д. 3–5, стр. 1
E-mail: vslyshchenkov@universitas.ru
SPIN-код: 9858-3401

DOI: 10.35427/2073-4522-2024-19-2-slyshchenkov

К ВОПРОСУ О СВОЕОБРАЗИИ АНГЛИЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Окончание, начало в № 1 за 2024 г.

Аннотация. Своеобразию английского частного права выясняется путем исторического изучения. Нынешнее или новое общее право возникло во второй половине XIX в. благодаря правовой рецепции из континентальных правовых порядков, которая впервые в английской правовой истории обеспечила преобладание материального гражданского права над процессуальным. Тем самым английское юридическое мышление примкнуло к континентальной парадигме, впервые появились английская правовая наука и образование. Напротив, исторически сложившееся или традиционное общее право было радикально отличным в силу своей процессуальной ориентированности, вопросы материального частного права трактовались в судах как вопросы факта. Средневековое общее право состояло прежде всего в практике устных судебных прений, подчиненных определенным правилам. В результате спор сторон обычно сводился к единственному вопросу факта, который передавался на разрешение присяжным. Краткое судебное решение составлялось почти автоматически на основании их вердикта. Начиная с XVI в. прения постепенно переместились на этап после вынесения вердикта, так заинтересованная сторона могла добиться переоценки судом установленных фактических обстоятельств в свете процедурных правил и тонкостей. Именно тогда смыслом судейской работы стало вынесение мотивированного решения. Однако традиционное общее право все больше замыкалось в процессуальном формализме. Такую ситуацию, плохо соответствующую общественным ожиданиям от правосудия, принципиально не изменила ни деятельность особого Канцлерского суда справедливости, ни отказ от латинского языка в судопроизводстве, ни прочие процессуальные преобразования, ни реформаторские усилия

судьи У. Мэнсфилда в XVIII столетии. В целом на протяжении истории традиционное общее право имело три основополагающие особенности: формы иска, техника прений и участие присяжных. Указанные особенности были законодательно устранены во второй половине XIX в. При этом казуистический метод сохранился, потому что судебные решения по-прежнему служили ведущим источником права. В настоящее время подлинное отличие английского частного права от континентального состоит в ключевом регулятивном значении правовых казусов, практических ситуаций правоприменения. Здесь выступает на поверхность необходимая казуистика любого позитивного права, которая на континенте замаскирована обобщающими законодательными предписаниями. Правовые казусы — это не случайные совокупности фактов, но всегда наглядная демонстрация и путь к пониманию смысла правового регулирования. Логическое рассуждение в праве имеет подчиненное значение, оно не должно вытеснять юридический поиск истинных законов, выражающих общую волю и опирающихся на спонтанное согласие людей с предписанными им правилами поведения.

Во второй части статьи разбирается соотношение традиционного общего права и юридической науки, рассматриваются исторические особенности английской правовой литературы и юридического мышления, кроме того, разграничивается традиционное общее право и новое общее право, развивавшееся с середины XIX в. на основе рецепции континентального правового регулирования и соответствующего юридического знания.

Ключевые слова: английское частное право, общее право, история английского права, отличие английского права от континентального, отношение английского права к римскому, правовая рецепция, правовой казус, логика в праве

VLADIMIR A. SLYSHCHENKOV

Moscow School of Social and Economic Sciences (MSESES)
125009, Russian Federation, Moscow, Gazetny Lane, 3–5, building 1
E-mail: vslyshchenkov@universitas.ru
SPIN-code: 9858-3401

ON THE ISSUE OF ALTERITY OF ENGLISH PRIVATE LAW

Abstract. The alterity of the English private law is clarified by way of historical research. The currently existing or new common law came into being in the second half of the 19th century owing to the legal reception from the continental jurisdictions which for the first time in the English legal history made the substantive civil law prevailing over the procedural law. Hence the English legal reasoning joined the continental paradigm, the English legal science and education first appeared. On the contrary, the historically emerged or traditional common law was radically different due to its procedural orientation, the questions of substantive law were considered by the

courts as questions of fact. The medieval common law primarily consisted in the practice of oral pleadings regulated by certain rules. In result the dispute of the parties was usually brought to the single question of fact which was put to the jury. A short judgement was composed almost automatically on the basis of their verdict. From 16th century the pleadings gradually moved to the stage after the verdict so the interested party could achieve reassessment by the court of the established facts in light of the procedural rules and technicalities. It was when adoption of a motivated decision became the essence of the juridical work. However, the traditional common law was increasingly locking in a procedural formalism. This situation, which poorly corresponded to the public expectations from justice, was not principally changed neither by the activity of the separate Court of Chancery and Equity nor by rejection of Latin in the judicial proceedings, nor by other procedural transformations, nor by reformist efforts of Lord Mansfield CJ in the 18th century. In whole over the history the traditional common law had three fundamental features: forms of action, technique of pleadings and involvement of a jury. These features were removed by the legislation in the second half of the 19th century. However, the casuistic method remained because court decisions continued to serve the leading source of law. At present the true difference of the English private law from the continental one consists in a key regulatory role of the legal cases, the practical situations of the law enforcement. Here it come to light the necessary casuistry of any positive law which is masked on the continent by the generalizing statutory provisions. Legal cases are not accidental aggregates of facts but they are always a clear demonstration and a way to understanding the essential meaning of the legal regulations. The logical reasoning in the legal field has a subordinate importance, it shall not displace the juristic search for true laws which would express common will and rest upon the people's spontaneous consent with the rules prescribed to them.

The second part of the article treats the relation between the traditional common law and the legal science, examines the historical peculiarities of the English legal literature and legal thinking as well as distinguishes between the traditional common law and the new common law which has been developing from the middle of the 19th century on the basis of the reception of the continental legal regulations and the respective legal knowledge.

Keywords: English private law, common law, history of English law, difference of the English law from the continental law, the relationship between English law and Roman law, legal reception, a legal case, logic in law

Научность в традиционном общем праве

Исторический факт, что при императоре Севере выдающийся римский юрист Папиниан некоторое время был судьей в Йорке — опорном городе римлян в северной части Англии¹. Более того, известна краси-

¹ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. Oxford, 2019. P. 4; *Spence G.* The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery. Vol. I. Philadelphia, 1846. P. 2.

вая легенда (которую, бывало, повторяли без тени сомнения²), что его помощниками там работали два других знаменитых римских юриста: Павел и Ульпиан. В старинном предании о подобном юридическом союзе на английской земле, больше привлекательном, чем достоверном, как будто отразилось присущее юристам традиционного общего права почтение к далекому, но великому римскому праву.

Когда английским юристам приходилось предметно заниматься принципами, руководящими началами правового регулирования, они обращались к римским и континентально-европейским юридическим достижениям. Однако систематического и последовательного изложения традиционного общего права в духе римского никогда не получалось. Наглядной иллюстрацией служат три юридических сочинения, часто упоминаемые в связи с отношением общего права к римскому. Во-первых, Трактат о законах и обычаях королевства Английского (*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*), появившийся в конце 80-х гг. XII в., приписываемый Р. де Гленвилю (*Glanville*)³. Во-вторых, пришедший ему на смену солидный труд середины XIII в. с почти таким же названием (*De legibus et consuetudinibus Angliae*), автором которого считается Г. Брактон (*Bracton*)⁴. Наконец, четырехтомные Комментарии к законам Англии У. Блэкстона, написанные в 60-х гг. XVIII в.⁵

Во всех упомянутых сочинениях правовые понятия римского или континентального происхождения выступали внешней формой, не проникающей в основное содержание, которое оставалось к ним равнодушным, ибо определялось иначе. У Гленвиля римские реминисценции прилагались как редкие и случайные украшения к содержательной части, которая заключалась в описании и разъяснении различных канцлерских предписаний и процессуальных правил⁶.

² Например, см.: *Sherman Ch. P. The Romanization of English Law // The Yale Law Journal. 1914. Vol. 23. No. 4. P. 318.*

³ Перевод на русский язык см.: Трактат о законах и обычаях королевства Английского, который называется Гленвилевским / Пер., ред., вступит. слово С.Ю. Хатунова. М.; Берлин, 2016.

⁴ Перевод на русский язык см.: *Брактон Г. О законах и обычаях Англии: В 3 т. / Пер. С.Ю. Хатунова. М.; Берлин, 2016.*

⁵ Первый том переведен на русский язык С.Е. Десницким, при Екатерине II профессором права в Московском университете, издан в трех книгах: *Истолкования английских законов г. Блэкстона. Кн. I—III / Пер. с англ. С.Е. Десницкого. М., 1781—1782.*

⁶ См.: *Plucknett T.F.T. The Relations between Roman Law and English Common Law down to the Sixteenth Century: A General Survey // The University of Toronto Law Journal. 1939. Vol. 3. No. 1. P. 33.*

В работе Брактона — «романской по форме, английской по содержанию»⁷ — обширный римский правовой материал, преимущественно извлеченный из трудов глоссатора Азо, предшествовал рассмотрению самобытного общего права, т.е. форм иска и процесса, как обособленное введение⁸, с последующим изложением практически не связанное. Комментарии Блэкстона вдохновлялись сознательным стремлением осмыслить и упорядочить действующее английское право с помощью институциональной системы и понятий континентально-европейской правовой науки, тем самым сделать его доступным и понятным образованным людям по образцу континентальных правовых систем. Ибо применительно к знанию законов «английский джентльмен существенно выделяется в Европе в худшую сторону», на континенте же «никакой дворянин (*gentleman*) или, по меньшей мере, ученый человек (*scholar*) не думает, будто его образование завершено, пока он не посетил один или два курса лекций, как по Институциям Юстиниана, так и местным установлениям родной страны, прочитанных видными профессорами, которых много в различных университетах там»⁹. Однако задуманная рационализация традиционного общего права в целом не удалась. Комментарии свелись к историческим и эмпирическим описаниям наличного правового регулирования в духе юридического позитивизма, пропитанными убеждением в изначальной разумности английского права¹⁰.

Более обычная литература традиционного общего права отталкивалась не от римских и континентально-европейских юридических познаний, но фактически сложившегося правопорядка в попытке самостоятельно возвыситься до осмысленного и системного рассмотрения¹¹. Однако сочинители пока не постигали предмет в присущих ему понятиях, т.е. прилагаемые понятия не соответствовали предмету. Иначе говоря, общее право страдало от ненаучности, бессистем-

⁷ Pollock F., Maitland F.W. The History of English Law before the Time of Edward I. Vol. I. Cambridge, 1895. P. 186.

⁸ См.: Plucknett T.F.T. Op. cit. P. 40.

⁹ Blackstone W. The Commentaries on the Laws of England. Vol. I of the Rights of Persons. London, 1876. P. 1.

¹⁰ Подробнее см.: Lobban M. Blackstone and the Science of Law // The Historical Journal. 1987. Vol. 30. No. 2. P. 312, 321–333.

¹¹ Перечень и обзорное описание основных опубликованных юридических трудов всех видов, от Гленвиля до непосредственно предшествующих Блэкстону, см.: Hollond H.A. English Legal Authors before 1700 // The Cambridge Law Journal. 1947. Vol. 9. No. 3. P. 292–329.

ности и случайности, потому что английское юридическое мышление традиционно упускало существенное содержание правового регулирования — субъективные права. Ведь «очень трудно говорить о *le droit subjectif* вне рациональной структуры, унаследованной от *Corpus Iuris Civilis*. В общем праве *a priori* просто нет устойчивой системы, посредством которой можно рационально определить субъективное право»¹². Государственные (волеустановленные) законы, будь то в частных или публичных отношениях, лишь тогда соответствуют своему назначению устанавливать всеобщие и обязательные, при этом эффективно действующие правила поведения, когда люди согласны с законами, признают их своими — когда люди распознают в законах собственные права. Открытое римской юриспруденцией начало равновесия (субъективных) прав и обязанностей каждого в отношениях с другим — так что никто не обладает правами без обязанностей (которые суть отражения прав другого) или наоборот, но права каждого члена общества уравниваются его же обязанностями (т.е. право никогда не является одновременно обязанностью) — выступает ориентиром подлинного, правового законодательства и определяет функционирование правопорядка в целом. Напротив, лишенное субъективных прав традиционное общее право представляло собой скорее ориентированный на определенное добро нравственный порядок в образе законов, поскольку право, правовой закон как особый социальный регулятор, обладающий собственно юридической (а на этической или иной) целесообразностью позитивной свободы как человеческой самореализации, еще не пользовался признанием.

Самобытная литература общего права имела прикладную и описательную направленность¹³. Типичным жанром были неофициальные, сперва анонимные, сборники судебных прений (ежегодники), позже — отчетов о судебных решениях, а также сборники образцов предписаний и прочих процессуальных документов¹⁴. Более авторским характером отличались публикуемые со второй половины XV в. сокращенные издания (*abridgments*) — сначала ежегодников, затем отчетов о решениях¹⁵. Правовой материал группировался там по разнообразным предметам (форма иска и проч.), которые располагались в алфавитном по-

¹² Samuel G. “Le Droit Subjectif” and English Law // *The Cambridge Law Journal*. 1987. Vol. 46. No. 2. P. 267 (сноска внутри цитаты опущена).

¹³ См.: Lobban M. *Op. cit.* P. 316.

¹⁴ Подробнее см.: Baker J. *An Introduction to English Legal History*. P. 187–195.

¹⁵ *Ibid.* P. 195–197.

рядке (такие сокращенные издания — предшественники появившейся в начале XX в. Энциклопедии английского права Хэлсбери: *Halsbury's Laws of England*)¹⁶. Юридические научные труды (трактаты, монографии), нацеленные на знание как таковое — т.е. истинное, существенное в предмете, его теорию — до XVIII в. практически не встречались. Возможное исключение — сочинение Т. Литтлтона о земельных правах, известное как «Новое о держаниях» (*New Tenures*), которое было создано в 1450-х или 1460-х гг. (напечатано в самом начале 1480-х г. — предположительно первая печатная книга по английскому праву)¹⁷. В общественном мнении якобы олицетворяло общее право, к 20-м гг. XVII в. выдержало более 70 изданий¹⁸, однако на два с лишним столетия осталось единственным в своем роде — ничего похожего написано не было¹⁹. Теоретические изложения материального права в духе Литтлтоновских «Держаний» — как «системы определений, принципов и подразделений»²⁰, причем почти без ссылок на судебные дела²¹ — плохо соответствовали процессуальной и практической ангажированности юристов общего права и соответствующим образовательным подходам. Книга Т. Литтлтона стала «надежным введением в сложное право недвижимой собственности»²² — этот труд как будто дополнил общее право необходимой интеллектуальной перспективой, никак его не изменив. Два столетиями ранее нечто подобное сделал Г. Брактон²³ (сочинение которого слишком описательно, отчасти компилятивно, чтобы считаться научным трудом).

В существенном отношении «Новое о держаниях» оказалось ближе традиционному общему праву, чем юридической науке. Т. Литтлтон предпочел не разбирать уже широко распространенные и защищавшиеся Канцлерским судом «выгоды» (*uses*)²⁴ на земельные

¹⁶ Подробнее см.: *Simpson A.W.B. The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature // The University of Chicago Law Review. 1981. Vol. 48. No. 3. P. 637–640.*

¹⁷ *Ibid.* P. 634–636; также см.: *Baker J. An Introduction to English Legal History. P. 198.*

¹⁸ См.: *Hollond H.A. Op. cit. P. 302.*

¹⁹ См.: *Simpson A.W.B. Op. cit. P. 635, 637, 653.*

²⁰ *Ibid.* P. 636.

²¹ *Ibid.* P. 635.

²² *Baker J. An Introduction to English Legal History. P. 198.*

²³ См.: *Plucknett T. F.T. Op. cit. P. 35, 39–40, 48–49.*

²⁴ От лат. *opus*, здесь означавшее «потребность» в смысле нужды, интересов выгодоприобретателя (см.: *Baker J. An Introduction to English Legal History. P. 269, fn. 3.*)

участки²⁵ — этот институт был ранней формой английской доверительной собственности, траста²⁶. В книге трактовалось только общее право, без учета права справедливости. Тем самым процессуальный вопрос подсудности — в данном случае, судам общего права — изначально доминировал над материально-правовым изложением. Поэтому предмет, т.е. земельные права, остался нераскрытым с надлежащей полнотой. Т. Литтлтон не владел понятийным аппаратом, который в качестве метода подводил бы к всестороннему рассмотрению предмета, прежде всего, понятием «субъективное право».

На самом раннем этапе развития английского права предписания выдавались, тем самым создавались иски, потому что имелось «ощущение, что требование подкреплено материальным основанием или действительностью»²⁷. Тогда в некотором смысле материально-правовые отношения еще преобладали над процессуальными. Однако понятие «субъективное право» отсутствовало, поэтому исходные, внесудебные отношения сторон не могли быть упорядочены как таковые, безотносительно процессуального измерения. В конечном итоге порядок общественных отношений стал обеспечиваться закрытой системой форм иска, которые скорее по-эмпирически, чем по-юридически исходили из фактических обстоятельств, а не субъективных прав.

Юридическое образование отражало своеобразные черты традиционного общего права. В университетах, т.е. Оксфорде и Кембридже, преподавалось только римское и каноническое право; дипломированные юристы не допускались к работе в судах общего права, преимущественно становились священниками или занимали административные должности в церкви, хотя некоторые выбирали юридическую карьеру в английских церковных судах или Адмиралтействе²⁸. Напротив, юристы общего права обучались на практике, прежде всего, посещая судебные заседания и подрабатывая в судах; так называемых «судебных подворьях» (*inns of court*), числом четыре, а также подготовительные заведения, «канцлерские подворья» (*inns of chancery*), в течение XIV–XVII вв. предлагали слушателям практические занятия и упражнения, нацеленные на погружение в реальность судопроизводства, такие как

²⁵ См.: *Holland H.A.* Op. cit. P. 302.

²⁶ Подробнее см.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 269–271.

²⁷ *Watson A.* Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development // *Loyola Law Review.* 1990. Vol. 36. No. 2. P. 256.

²⁸ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 181. Подробнее о профессиональном сообществе английских цивилистов см.: *Паламарчук А.А.* Цивильное право в раннеюэартовской Англии: институты и идеи. СПб., 2015. С. 94–102.

игровые судебные процессы (*moots*). Лекции (*readings*) там состояли в чтении старшими студентами или выпускниками, в том числе судьями, законов с эпизодическими отступлениями в связанные вопросы общего права, т.е. судебной практики. Профессиональная подготовка растягивалась примерно на 10 лет, в продолжение которых обучались не праву как особому предмету, а преодолению процессуальных лабиринтов²⁹.

Вообще научная деятельность отличается нацеленностью на знание как мышление существенного, истина здесь ищется, открывается, а не принимается за данность или факт. Иначе говоря, посредством научного исследования объект раскрывается как предмет, т.е. скрытая под поверхностью или кажимостью сущность объекта. Напротив, если внимание фокусируется не на сущности, нет научного предмета, тем самым подлинного знания, так как мыслится лишь несущественное. Сведения подобного рода относятся к области мнений, а не знаний, даже когда являются истинными, потому что осведомляют, информируют о случайном существующем, а не существенном, которое объективно необходимо.

Волеустановленные (государственные) законы, содержащие общеобязательные правила поведения, регулируют общественные отношения таким образом, чтобы законодательное регулирование было действительно всеобщим, потому что в противном случае, т.е. в отсутствие всеобщности, самозванный закон не соответствует понятию закона. Всеобщность закона обеспечивается согласием с законом, когда люди признают закон своим — только такие законы выступают подлинными, правовыми законами: «...это законы, идущие от людей... В природе величайшая истина состоит в том, что закон вообще существует. В законах права предписание имеет силу не потому, что оно существует, и каждый человек требует, чтобы оно соответствовало его собственному критерию»³⁰. Подчиняться своему закону есть свобода³¹, поэтому истина закона состоит в том, чтобы служить фор-

²⁹ Подробнее см.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 168–171, 181.

³⁰ *Гегель Г.* Философия права / Пер. с нем. Б.Г. Столпнера, М.И. Левиной. М., 1990. С. 57.

³¹ См.: *Руссо Ж.Ж.* Об общественном договоре, или Принципы политического права // Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр. А.Д. Хаятина. М., 1998. С. 212–213; *Кант И.* Метафизика нравов в двух частях // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2 / Под общ. ред. В.Ф. Асмуса, А.В. Гулыги, Т.И. Ойзермана. М., 1965. С. 132.

мой свободы людей. Юриспруденция как наука о человеческих законах ищет знание о правовых законах, в основе которых лежит понятие права. Проблема бесспорно научного уровня — как создавать законы, в которых выражается общая воля граждан (т.е. воля каждого, примиренная с волей другого), а не воля частная, а также не общественные предрассудки. Законы — это объект, а искомые правовые законы — научный предмет. Традиционное общее право было пусть общепринятым, но мнением о праве, а не знанием. Общее право практически не поддавалось научной обработке именно потому, что основополагающее в правовом регулировании, т.е. права людей, оказывалось несущественным, тогда как вторичное, т.е. судебная защита, — единственно существенным. Процессуальные правила как таковые важны, однако судопроизводство — лишь момент, а не основное содержание права.

Для юристов традиционного общего права основная проблема — это подсудность и процессуальные формальности: «Английский судья в суде, в его суде, перед ним стоит вопрос, должен ли его суд рассматривать дело — согласно этой форме иска перед его судом — с этими фактическими обстоятельствами. Он не занимается гипотетическими фактами. Он поглощен практической задачей. Он видит, что на одной стороне — негодяй, на другой — человек честный. Он не помещает спорный вопрос в связь с институтом, таким как договор. Он даже не спрашивает себя: “Применяется (*lie*) или нет иск о принятом на себя?”, но: “Применяется или нет иск о принятом на себя в этом суде?”»³².

Напротив, римские юристы постигали правовую значимость изнутри спорной ситуации, отделяя существенные с юридической точки зрения обстоятельства от несущественных. Иначе говоря, фактам придавали правовое определение или квалификацию как таковым, безотносительно присутствию этих фактов в судебном разбирательстве. Искалась именно юридическая, а не судебная, суть дела: «Римский юрист дома. Вопрос, реальный или гипотетический, стоит перед ним. Он раздумывает над ним, возможно, обсуждает с друзьями и учениками, помещая эти факты в общий контекст правового института. Спорный вопрос является для него академическим. Он не нанят клиентом, интересы которого должен обслуживать. Он не рассматривает процессуальные уловки и способы привлечь оппонента к суду или запутать его. Его не заботит исход конкретного предъявленного иска.

³² *Watson A. Op. cit. P. 263.*

Его не интересует, является или нет одна сторона приличным человеком, а другая — негодяем»³³. Созданная древними римлянами юриспруденция стала наукой, поиском истины именно потому, что понятие права выразило сущность общественных отношений в государстве как отношений свободных людей.

Завершение долгой истории традиционного общего права отмечено появлением солидного труда, в котором центральная область профессиональной деятельности юристов общего права — судебные прения — впервые получило последовательно системное изложение в свете принципов и правил³⁴. Оторванность процесса от предмета спора предстало в полной наглядности. Итак, нарушение любого из многочисленных правил прений, т.е. выдвижения требований и возражений, в общем (хотя применялись важные исключения и послабления) являлось основанием для отрицания стороной правового значения такого якобы неправильного утверждения, сделанного другой стороной (*demurrer*), так что суд переходил к окончательному решению, оценивая соблюдение правил прений, а не обоснованность исходного материально-правового требования³⁵. Правила прений как таковые были не всегда ясными и практическими, например: нельзя выдвигать слишком широкие или узкие возражения³⁶; требуется указывать качество, количество и стоимость предмета спора³⁷; возражение не должно явно или подразумеваемо обуславливаться доводами³⁸. Короче говоря, «ни от практикующих юристов, ни судей нельзя ожидать понимания системы [правильных прений] во всей полноте»³⁹.

Неразвитость правовой теории и понятий отнюдь не улучшала восприимчивость общего права к внеюридическим дискурсам, житейским общественным ожиданиям, в том числе коммерческого свойства. Господствовала внутренняя логика судопроизводства. Изменяющиеся социальные запросы находили признание в судах, однако далеко не полностью и очень медленно, будучи отраженными в кривом зеркале процесса — посредством судебных фикций, кото-

³³ *Watson A.* Op. cit. P. 262.

³⁴ См.: *Stephen H.J.* A Treatise on the Principles of Pleading in Civil Actions. London, 1824.

³⁵ *Ibid.* P. 159, 162–164.

³⁶ *Ibid.* P. 259–264.

³⁷ *Ibid.* P. 314–319.

³⁸ *Ibid.* P. 384–387.

³⁹ *Hayes G.* *Crogate's Case: A Dialogue in the Shades on Special Pleading Reform.* London, 1854. P. 32.

рые зачастую «затуманивали право и мешали развитию понятий»⁴⁰, вроде иска о принятом на себя как ответвлению иска о правонарушении. Судьи не обслуживали интересы коммерческого оборота, к которым порой относились высокомерно. В начале XIV в. иск о соглашении (*action of covenant*) против перевозчика, вопреки договоренности не доставившего груз сена, остался без удовлетворения, потому что не имелось письменного документа за печатью (*deed*), который предполагался формой иска. На замечание представителя истца, будто для телеги сена такой документ не нужен, судья ответил, что суд «не станет губить (*undo*) право ради телеги сена (*cartload of hay*)»⁴¹. В начале XVIII в. ссылка на якобы торговое обыкновение об индосаменте простого векселя (*promissory note*) — по аналогии с векселем переводным (*bill of exchange*) — натолкнулась на раздражение судьи, ведь «это равнозначно учреждению новой разновидности формального документа (*specialty*), неизвестной общему праву, изобретенной на Ломбард-стрит, которая в вопросах переводных векселей пытается диктовать законы Вестминстерскому дворцу (т.е. судам. — *B.C.*)»⁴². Сатира на судью, который заявлял, что «не представляет, будто законы должны приспосабливаться к склонностям и способностям неискушенного (*ignorant*) человека»⁴³, не слишком сильно искажала действительность⁴⁴.

Вплоть до XVII в. правовое регулирование коммерческой деятельности обеспечивалось не столько судами общего права, сколько Судом Адмиралтейства, а еще ранее — специальными торговыми судами⁴⁵. Кроме того, заметную роль всегда играло законодательство. Суды общего права сумели всерьез привлечь коммерческих тяжущихся лишь благодаря процессуальному нововведению — иску о принятом на себя. Несмотря на то что судопроизводство общего права было неудовлетворительным, важная особенность процесса — участие присяжных

⁴⁰ *Watson A.* Op. cit. P. 266.

⁴¹ *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 340.

⁴² *Ibid.* P. 394.

⁴³ *Hayes G.* Op. cit. P. 28.

⁴⁴ Критику английского судопроизводства также см.: *Бентам И.* О влиянии условий места и времени на законодательство // Бентам И. Принципы законодательства. О влиянии условий места и времени на законодательство. Руководство по политической экономии / Пер. М.О. Гершензона. М., 2012. С. 91–93.

⁴⁵ См.: *Samuel G.* A Short Introduction to the Common Law Cheltenham, 2013. P. 15–16. Подробнее о Суде Адмиралтейства см.: *Паламарчук А.А.* Указ. соч. С. 103–124.

в рассмотрении гражданских дел — позволяла достигать в целом приемлемых результатов. Ведь в подавляющем большинстве судебных дел ответчик выдвигал общее отрицание, т.е. просто отрицал требование целиком и полностью без углубления в детали. Например, в разбираательствах о принятом на себя общее отрицание звучало так: «Не принимал на себя» (*non assumpsit*). Согласно процессуальным правилам ключевой вопрос для рассмотрения присяжными — именуемый здесь «общий вопрос» (*general issue*) — считался тем самым определенным. Поэтому спор целиком со всеми обстоятельствами, даже имеющими юридическую природу (вроде возможного насилия или ошибки при заключении сделки, или оснований освобождения от ответственности, или вины истца и проч.), передавался присяжным для разбираательства в свете предъявленных сторонами доказательств и объяснений как вопрос факта. Присяжные не были связаны формальностями, решали без ухищрений и теоретизирования по существу дела, опираясь на практические соображения и житейский опыт. Поэтому вердикты присяжных — по крайней мере, если не оспорены проигравшей стороной по процессуальным основаниям — обеспечивали хотя подверженные случайностям, но в целом взвешенные судебные решения коммерческих споров. Тем более что в подобных делах присяжными обычно назначались коммерсанты, так называемое «специальное жюри» (*special jury*): «Возникающие в торговых делах вопросы могли быть довольно сложными, но формирование специального жюри позволяло коммерсантам же разрешать их, отталкиваясь от знания соответствующих обычаев, не превращая эти вопросы в вопросы права»⁴⁶.

Во второй половине XVIII в. благодаря реформаторским усилиям лорда-судьи У. Мэнсфилда (Мюррея), выходца из Шотландии, несколько десятилетий возглавлявшего Суд королевской скамьи, общее право стало основательнее учитывать нужды английской коммерции. Фундаментальное изменение состояло в том, что в торговых обычаях, ранее трактуемых как факты, обнаружилось вопросы права, на которые судьи, а не присяжные должны давать ответы⁴⁷. Иначе говоря, фактические обстоятельства коммерческих споров отныне старались рассматривать сквозь установленные правовые понятия: «разумный срок» и проч. Возникла юридическая картина внесудебного общественного отношения, которая сообразовывалась с право-

⁴⁶ Baker J. An Introduction to English Legal History. P. 373.

⁴⁷ См.: Ollikainen-Read A. Law and Commerce: The Fortunate Crisis of the Eighteenth Century // The Journal of Legal History. 2022. Vol. 43. No. 1. P. 79.

выми принципами и правилами. Такова парадигма римского частного права, вовсе не традиционного общего права. Начала английского коммерческого права были заложены У. Мэнсфилдом, сделавшим его понятным и предсказуемым, но с помощью континентально-европейского юридического знания, которое широко использовал в судейской работе⁴⁸. И так, даже сугубо коммерческое правовое регулирование направляется юридической наукой, причем никакая иная правовая наука, помимо опирающейся на созданную римлянами юриспруденцию, немыслима.

* * *

Цицерон задумывал превратить римское частное право в науку. Для этого требуется определить цель гражданского права, затем разделить его предметы на роды, а роды — на виды, всем им дать четкие определения. И «тогда в нашем распоряжении будет совершенная наука гражданского права, и она будет не трудна и темна, а обширна и обильна»⁴⁹.

Много позже подобный проект осуществила континентально-европейская правовая мысль посредством гражданских кодексов, таких как наполеоновский⁵⁰. Напротив, казуистическая римская юриспруденция не стремилась формулировать исходные принципы и правила, оторванные от практических ситуаций⁵¹. Хорошо известно высказывание Яволена об опасности определений⁵². Все же римские юристы отталкивались от знания, но скорее подразумеваемого, чем явно высказанного или доктринального. Об этом слова Павла, что не из правила выводится право, а правило — из права⁵³. А также Юлиана: «Тому, что установлено против смысла права, мы не можем следовать как юридическому правилу»⁵⁴. Понимание природы или сущности права как

⁴⁸ См.: *Ollikainen-Read A.* Law and Commerce: The Fortunate Crisis of the Eighteenth Century // *The Journal of Legal History*. 2022. Vol. 43. No. 1. P. 83; также см.: *Oldham J.* English Common Law in the Age of Mansfield. Chapel Hill, 2004. P. 367.

⁴⁹ *Цицерон М.Т.* Об ораторе // Цицерон М.Т. Эстетика: Трактаты, Речи, Письма / Пер. М.Л. Гаспарова и др. М., 1994. С. 204 (I, 188–90).

⁵⁰ См.: *Gordley J.* The Jurists. A Critical History. Oxford, 2013. P. 153.

⁵¹ Подробнее см.: *Дождев Д.В.* Римское частное право. М., 1996. С. 100.

⁵² См.: Дигесты Юстиниана. Том VII. Полутом 2. Книги XLVIII–L / Пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 563 (D. 50, 17, 202).

⁵³ См.: там же. С. 523 (D. 50, 17, 1).

⁵⁴ Дигесты Юстиниана. Том I. Книги I–IV / Пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2002. С. 111 (D. 1, 3, 15).

особого предмета и дела человеческого важнее знания отдельных предписаний. В этом понимании, яркие обобщения которого приведены в первом и некоторых других титулах Дигест, римские юристы совпадали с Цицероном: государственные законы должны выражать справедливость, чтобы быть подлинно всеобщими, общепризнанными, тем самым настоящими законами. Здесь речь о правовых законах, которые установлены «ради блага граждан, целостности государств и спокойной и счастливой жизни людей»; тогда как законы несправедливые или неправовые — и не законы вовсе, ибо «истолковывая само название “закон” [*lex*], можно понять, что в нем содержится смысл и значение выбора [*legere*] справедливого и истинного начала»⁵⁵.

Только справедливость для каждого, когда никто не чувствует себя ущемленным, является справедливостью подлинной и бесспорной. Вообще справедливость есть состояние общественных отношений, в котором человек чувствует себя признанным в качестве субъекта, т.е. свободной воли. Справедливость — это свобода на уровне (социального) чувства, люди ощущают свободу как справедливость. Тогда как (субъективное) право — это форма, в которой справедливость доступна каждому. Здесь справедливость переходит в (формальное) равенство в правах, которое есть свобода на уровне мышления и законов. Однако право важно не только иметь, но также осуществлять. Поэтому право одного действительно настолько, насколько отражается в обязанности другого. Исходя из подразумеваемого справедливостью взаимного признания субъектов, обязанность другого в данном социальном отношении уравнивается его же правом в ином отношении, осуществление которого обусловлено исполнением обязанности. Здесь формальное равенство, бывшее свободой лишь в мышлении, переходит в свободу в социальной действительности, тем самым свободу в полном смысле свободы воли. Свобода каждого оформляется равновесием его прав и обязанностей, которое позволяет беспрепятственно осуществлять собственные интересы без ущерба для интересов других, тем самым достигая самореализации.

Правовой закон как особый социальный регулятор предполагает триединство справедливости, равенства и свободы во взаимоотношенности и переходе. Нет никакого предустановленного и неизменного права. Напротив, право состоит в постоянной борьбе и движению

⁵⁵ Цицерон М.Т. О законах // Цицерон М.Т. О государстве. О законах. О старости. О дружбе. Об обязанностях. Речи. Письма / Сост., примеч. Е.В. Ляпустина, предисл. Е.И. Темнова. М., 1999. С. 177 (2, 11).

к большей свободе, закрепляемой в новых законах. В основе правового развития лежат суждения о праве, в которых выражается «неизменная и постоянная воля предоставлять каждому его право»⁵⁶.

Законы, чтобы быть действительно всеобщими, тем самым подлинными, правовыми законами, должны отражать именно общую волю, т.е. взаимосогласованную волю каждого, а не волю части общества, пусть даже большей. Решение большинства имеет силу, но силу не закона, а весомого аргумента в пользу такого или иного закона, который — раз уж поддержан большинством — предположительно составляет правильный выбор того, что справедливо, в том числе для несогласных. Ведь законы касаются каждого, поэтому каждый обыкновенно имеет суждение о законах. Иначе говоря, в вопросах законотворчества решающий голос принадлежит гражданам как таковым, а не специалистам любого рода, поэтому здесь уместно соотнобразовываться с мнением большинства. Однако даже большинство может ошибаться, поэтому законам естественно меняться. Нежелание исправлять законы под давлением аргументированных возражений — признак правового бескультурья.

Иногда подобное упорство вызывается абсолютизацией преследуемой законодателем цели, которая явно или подразумеваемо отождествляется с безусловным добром. Однако нравственная целесообразность победы такого или иного добра над противостоящим злом не свойственна правовому законодательству в собственном или строгом смысле. Смысл права состоит отнюдь не в том, чтобы посредством законов достигать предустановленной цели, но в том, чтобы создавать условия для достижения каждым его собственных целей. Ведь никто не имеет монополии на добро. Поэтому добро нуждается — во имя добра — в ограничении⁵⁷, однако нравственность как таковая никакого самоограничения добра не подразумевает. Поэтому нравственно ориентированные законы легко преступают пределы добра, тем самым «причиняют людям беспредельное зло»⁵⁸.

Нравственность в одеянии законов может со временем колебаться и умаляться, волей-неволей приноравливаясь к обстоятельствам и событиям, которые показывают, что существует также другое добро, нуждающееся в законодательной поддержке. Ведь «в тысячу раз

⁵⁶ Дигесты Юстиниана. Том I. С. 87 (Ulp., D. 1, 1, 10).

⁵⁷ См.: *Монтескье Ш.Л. О духе законов* / Пер. А.В. Матешука. М., 1999. С. 137 (XI, IV).

⁵⁸ Там же. С. 351 (XXII, XXI).

легче делать добро, чем делать это добро хорошо»⁵⁹ — если законодатель сохраняет стремление к качественным, хорошим законам, он так или иначе идет на уступки, сколь бы сильным ни было его изначальное убеждение в безусловности задуманного добра. Тогда нравственное законодательство избавляется от тоталитарных, подавляющих инаковость популяризованных, поэтому фактически — пусть не вполне сознательно и последовательно — воспроизводит правовой способ регулирования общественных отношений. Насколько нравственно ориентированное законодательство не выступает тоталитарным, т.е. открыто антиправовым, его можно — «скорее в виде уступки, чем потому, что это действительно так»⁶⁰ — называть законом и правом. Подобное «социальное право» не есть право в собственном или строгом смысле, ибо лишено юридической целесообразности.

Традиционное общее право — разновидность вышеописанного социального права. Исторически английское право отнюдь не вдохновлялось стремлением к подлинной или позитивной свободе для каждого, т.е. свободе как самореализации. Действовал нравственный идеал определенным образом понимаемого добра. Англичане признавали и ценили свою свободу⁶¹, в основе которой — защита от произвола и вмешательства как привилегия. Традиционная английская свобода сводилась к освобождению, т.е. негативной свободе нравственного толка, которая всегда скрывает несвободу. Иначе говоря, здесь нет свободы, принимаемой как первоначало; лишь исторически сложившиеся «свободы» (*liberties*), которые оборачивались зависимостью от политического целого. Поэтому нет также понятия (субъективного) права, делающего субъекта подлинным центром социального порядка: «...если человеку (*person*) удастся защитить эмпирический интерес в суде, отсюда не следует, что этот человек имеет субъективное право: ...общее право никогда рациональным образом не помещало никакой источник правовой значимости (*legal source*) внутрь члена общества (*citizen*)»⁶².

Несмотря на сиюминутные преимущества и достижения, нравственно ориентированное законодательство, социальное право не обладает устойчивой легитимностью, тем самым подлинной всеобщ-

⁵⁹ См.: *Монтескье Ш.Л. О духе законов* / Пер. А.В. Матешука. М., 1999. С. 486 (XXVIII, XLI).

⁶⁰ *Цицерон М.Т. О законах*. С. 177 (2, 11).

⁶¹ См., например: *Blackstone W. Op. cit.* P. 96–115.

⁶² *Samuel G. “Le Droit Subjectif” and English Law*. P. 272, 273.

ностью, поэтому не может служить образцом для законотворчества. Только правовые законы в собственном или строгом смысле, которые целенаправленно регулируют общественные отношения посредством равновесия прав и обязанностей каждого, приобщают социальную жизнь к закону как таковому, законности как ценности. Подобные законы существуют на практике, причем опытом подтверждают свое качественное превосходство над прочими социальными регуляторами. Свидетельством тому не только римское правовое наследие, но также возникшее в континентальной Европе публичное право, основанное на учении о правах и свободах человека. Не только римляне, но и англичане такового не знали.

Ошибочно искать истоки современных публичных прав и свобод в Великой хартии вольностей 1215 г. или Билле о правах 1689 г. Отчасти буквальное совпадение формулировок не должны вводить в заблуждение: исторические английские документы о свободах принимались в рамках иной парадигмы, отнюдь не ради свободы как таковой. Философско-правовые теории и обобщения в духе естественного права, допустим, по Дж. Локку, едва ли направляли английское юридическое мышление. Ведь позитивно установленные права королевских подданных «не были универсальными правами “человека” или правами, предусмотренными каким-либо абстрактным порядком, возвышающимся над государственным законодательством. Они были правами и свободами англичан, наследуемыми как прочие разновидности привилегий (*franchise*) или собственности, гарантируемыми вековыми хартиями о свободах и правилами надлежащего процесса, ценившимися выше подобных прав, которые могли принадлежать представителям невежественных (*benighted*) народов. Было мало практического смысла размышлять об универсальных правах человека в островном государстве, которое верило, что его собственные права возвышаются над правами человечества в целом»⁶³. До сих пор в Англии, несмотря на участие в Европейской конвенции по правам человека 1950 г., распространено убеждение, будто «права человека являются иноземным изобретением, подрывающим парламентскую демократию»⁶⁴.

На уровне правовой догматики научная задача заключается в осмыслении законодательного содержания посредством системы понятий, руководствуясь смыслом права как особого социального ре-

⁶³ Baker J. Human Rights and the Rule of Law in Renaissance England // North-western Journal of International Human Rights. 2004. Vol. 2. Issue 1. P. 2.

⁶⁴ Baker J. An Introduction to English Legal History. P. 225.

гулятора. При познании правовых понятий предполагают не только форму понятия, которой занимается логика, но также содержание понятия, а именно свободу. Правовые понятия — это понятия о человеческой свободе в разнообразии ее проявлений. Трех существенным определениям права как такового, т.е. справедливости, равенству и свободе, соответствуют три вида понятий, образующих систему из наличного материала позитивного права: правовой принцип, правило⁶⁵ и норма.

В каждом позитивно-правовом принципе закрепляется обобщенное понимание справедливого применительно к предмету правового регулирования. Поэтому принцип высказывает цель законодательства, т.е. ради чего именно или зачем поступать согласно закону. Например, одним из принципов гражданского права является недопустимость произвольного вмешательства в частные дела. Однако если имеется цель, т.е. искомое или должное состояние регулируемых общественных отношений, требуется проложить путь к этой цели, чтобы обеспечить ее достижение. Иначе говоря, должное надлежит сделать также возможным (И. Кант высказался в том смысле, что если действительно должен — то можешь⁶⁶).

Правила, совокупности которых составляют основное содержание законодательных текстов, конкретизируют принципы, предусматривая, что именно нужно делать (или не делать) ради достижения правовой цели. Например, гражданско-правовой принцип невмешательства в частные дела подкрепляется правилами об опеке и попечительстве, нематериальных благах и проч. Правила определяют юридические возможности (ибо соблюдение правил выступает именно осуществлением вложенных в них возможностей движения к правовой цели), которые при этом — лишь возможности. Поэтому правила оказываются абстракцией (возможного), которая — подобно любой абстракции — отвлекается от разнообразия жизненных, фактических обстоятельств, чтобы выразить здесь лишь сторону возможного для субъекта вообще. Именно будучи такой абстракцией, правила одинаково применяются ко всем и каждому в пределах предмета регулирования, а значит, обязательны. Формализм юридических правил соответствует правовому началу формального равенства, т.е. равенства в субъективных правах

⁶⁵ О различии принципов и правил также см.: *Dworkin R. The Model of Rules // The University of Chicago Law Review. 1967. Vol. 35. No. 1. P. 23–29.*

⁶⁶ См.: Кант И. Критика практического разума // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 1. М., 1965. С. 347.

как признанных возможностей субъекта. Люди вычитывают свои права в правилах правовых законов.

Таким образом, правовой принцип — это цель как должное, а правила — возможности субъекта в форме должного. Тогда как правовая норма соединяет должное с социальной действительностью, моделируя поведение в конкретной жизненной ситуации. Полная структура правовой нормы, представленная логической формулой «если..., то..., иначе...», включает гипотезу, диспозицию и санкцию как элементы нормы, т.е. условия применения законодательного правила, содержание правила и юридические последствия неприменения правила соответственно. Например, правовая норма о деловой репутации схематично видится такой: если распространяются недостоверные сведения, которые вредят деловой репутации, то пострадавший обращается за правовой защитой и получает ее, иначе недостоверность этих порочащих сведений остается недоказанной. Нормы как таковые в законах явно не высказываются, лишь подразумеваются: правовая норма формулируется на этапе правоприменения на основе правил, истолкованных в свете принципов. Поэтому любая правовая норма неизбежно возникает как собственная норма деятельного субъекта, отражающая его понимание законодательного регулирования, осмысление им установленных правил и принципов в сложившейся фактической ситуации. Норма не только выявляет практическое знание соответствующих принципов и правил, но иногда уточняет, изменяет или дополняет их понимание (например, помогает отчетливо отграничивать порочащие репутацию сведения от негативных оценок), причем обусловленное опытом правоприменения новое видение может в последующем вызвать изменения законодательных текстов. Посредством нормы каждый самостоятельно определяет свое поведение, но не произвольно, а обдуманно, отталкиваясь от наличного законодательства, потому что смысл правовой нормы состоит вообще в том, что она есть действующий, применяемый закон. Догматический уровень правовой нормы соответствует свободе как сущностному определению права, потому что свобода означает подчинение закону, который субъект сам для себя установил.

Формулирование правовой нормы в ходе правоприменения с внешней стороны выглядит подведением фактических обстоятельств под понятия (образующие правовые принципы и правила), например, конкретную газетную заметку под понятие «сведения». Однако этот процесс далек от простоты. Норма возникает именно как практическое суждение, потому что подразумевает самоопределение субъек-

та к такому или иному поведению, тем самым волеизъявление, в основе которого всегда лежит цель⁶⁷. Причем практические суждения могут направляться как целями, закрепленными определенными понятиями, так и целями, понятия о которых неопределенны, высказывают некоторую вдохновляющую целесообразность, лучше постигаемую (социальными) чувствами, чем мышлением.

Если цели излагаются в предположительно определенных понятиях, такие цели превращаются в задачи. Они пытаются воздействовать на поведение субъекта не столько как цели, сколько как причины, т.е. как будто определяют человека, а не человек самоопределяется через них. Выполнение законодательного правила в обычной ситуации, строго говоря, есть не цель, а задача. Однако достижение определенных целей (в пределе, задач) требует дополнительного умения «подводить под правила»⁶⁸, которое называется «определяющей способностью суждения»⁶⁹. Отчасти природная, отчасти развиваемая опытом и примерами, эта особая человеческая способность имеет решающее практическое значение: «Что между теорией, как бы совершенна она ни была, и практикой требуется еще посредствующее звено, которое соединяло бы их и составляло бы переход от одной к другой, — это очевидно; в самом деле, к рассудочному понятию, содержащему правило, должно прибавиться действие способности суждения, благодаря которому практик определяет, подходит ли данный случай под правило или нет. А так как для способности суждения не всегда можно дать правила, которыми ей следовало бы руководствоваться при этом подведении частного под общее (потому что этому не было бы конца), то могут найтись теоретики, которые никогда в жизни не станут практичными, потому что им не хватает способности суждения, например врачи или правоведы, которые прошли хорошую школу, но, когда им приходится давать какой-нибудь совет, они не знают, как поступить»⁷⁰. Например, поставлена задача применить правила о защите деловой репутации. Но как именно сделать это в конкретной ситуации, в том числе как узнать (если это не определено заранее), эти сведения порочащие или нет, — о подобном заботится определяющая способность

⁶⁷ См.: *Кант И.* Критика способности суждения / Пер. с нем. М., 1999. С. 88.

⁶⁸ *Кант И.* Критика чистого разума // *Кант И.* Сочинения в шести томах. Т. 3. М., 1964. С. 217.

⁶⁹ *Кант И.* Критика способности суждения. С. 50.

⁷⁰ *Кант И.* О поговорке «Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики» // *Кант И.* Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 61.

суждения, которая предполагает, так сказать, созидательную решимость. Наихудший практик — это практик без способности суждения.

Применение известных правил к частным случаям посредством определяющей способности суждения, т.е. приложение данного общего понятия к особенностям ситуации, обусловлено пониманием правил. Понимание вообще состоит в знании сущности как таковой (в отличие от объяснения, которое показывает основания явлений)⁷¹. Именно поэтому понимание неразрывно связано с воображением, ведь сущность не лежит на поверхности. И. Кант говорил о продуктивном воображении⁷², посредством которого человек способен осознать целое, исходя из известной части. Любое понимание предполагает творчество⁷³. Итак, выполнение даже простых законодательных правил, формулирование правовой нормы поведения, когда цели ясны и задачи понятны, опирается на самоопределение человека, свободное решение.

Творческое начало правоприменения нагляднее проявляется при формулировании правовых норм в проблемных ситуациях, когда установленные правила представляются до некоторой степени несоответствующим позитивно-правовым принципам. Например, защита деловой репутации частных некоммерческих организаций. Здесь правоприменитель ориентируется больше на принципы, однако принципы — в отличие от правил (определенных, насколько возможно) — обыкновенно выражаются неопределенными понятиями, допускающими различное содержание и толкование. Поэтому приходится не подводить данный случай под понятие, т.е. устанавливая соответствие фактических обстоятельств известным признакам, а, скорее, определять общее понятие, тем самым его отчасти образовывать.

Применительно к разбираемому казусу можно поставить вопрос, понятие «дела» — в смысле принципа недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, исходного для правил о защите деловой репутации — включает деятельность некоммерческих организаций или нет. Подобное восхождение от частного к общему обеспечивается рефлектирующей (а не определяющей) способностью суждения, которая применяется, когда «дано только особенное, для которого спо-

⁷¹ Подробнее о различии понимания и объяснения см.: *Ивин А.А.* Логика. М., 2008. С. 180–206.

⁷² См.: *Кант И.* Критика чистого разума. С. 205.

⁷³ Подробнее см.: *Гадамер Х.-Г.* Истина и метод: Основы философской герменевтики / Пер. с нем. Б.Н. Бессонова. М., 1988. С. 364–445.

способность суждения должна найти общее»⁷⁴. Поскольку принцип неопределенный, в рамках нормативного суждения (нормы права) он выступает целью не как понятие, но как предвосхищение понятия, которому — поскольку оно составит часть позитивного права — предстоит соотносываться с другими правовыми понятиями согласно сущностным началам права. Тем самым определение, уточнение любого принципа вынуждает учитывать и толковать также другие принципы, причем в свете (как проявления) неопределенных правовых начал, т.е. справедливости, формального равенства и свободы, которые на данном этапе прояснения принципов предстают в синкретичном единстве. Иначе говоря, в проблемной ситуации правоприменитель как будто устремляется к сущности права без определенного понятия о ней — ибо такова человеческая природа, искать главное, сущность, еще не зная, в чем именно она состоит, т.е. ставить существующее под вопрос⁷⁵. Поэтому Аристотель говорил, что человек — это движимый стремлением, «стремящийся ум»⁷⁶. Поэты думают так же: «Во всем мне хочется дойти до самой сути...»⁷⁷. Право — это деятельность сродни искусству, как сказал Цельс, «искусство (*ars*) доброго и справедливого»⁷⁸. Пусть не в собственном (ведь искусство как таковое отнюдь не обслуживает понимание, т.е. осмысление в понятиях: «Прекрасно то, что нравится всем без понятия»⁷⁹), но прикладном смысле, потому что правовые понятия все же «искусно» ищутся и определяются⁸⁰.

Евангельский рассказ о Христе и грешнице содержит образец творческого правоприменения, изменяющего законодательные правила путем переосмысления принципов ради лучшего соответствия искомой правовой сущности. К Христу привели женщину, застигну-

⁷⁴ Кант И. Критика способности суждения. С. 50.

⁷⁵ Подробнее см.: Сартр Ж.П. Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии / Пер. с фр., предисл. В.И. Колядко. М., 2000 С. 42–44.

⁷⁶ Аристотель. Никомахова этика // Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 4 / Пер. с древнегреч. Н.В. Брагинской, М.Л. Гаспарова, С.А. Жебелева, Т.А. Миллер. М., 1983. С. 174 (1139b).

⁷⁷ Пастернак Б. Сочинения в двух томах. Т. 1. Стихотворения. Тула, 1993. С. 299.

⁷⁸ Дигесты Юстиниана. Том I. С. 83 (D. 1,1,1 pr). О римском понимании права как искусства подробнее см.: Дождев Д.В. *Ars boni et aequi* в определении Цельса: право между искусством и наукой // Труды Института государства и права. 2016. № 4. С. 61–73.

⁷⁹ Кант И. Критика способности суждения. С. 87.

⁸⁰ Ср. различие красоты свободной (не связанной с понятием о предмете) и сопутствующей (отражающей понятие): Кант И. Критика способности суждения. С. 98–100; также см.: Гадамер Х.-Г. Указ. соч. С. 88–96.

тую в прелюбодеянии. По закону таких побивали камнями, но Христа спросили, что делать. Его решение таково: «Кто из вас никогда не грешил, пусть первый бросит в нее камень!»⁸¹. Он не оправдал и не пожалел женщину, однако убедительно показал, что ответственность по закону должна быть ответственностью субъективной значимости, которая изменяет человека изнутри, возвышая его к достоинству и подлинной свободе, а не унижает или уничтожает нарушителя ради слепого нравственного возмездия, пропитанного духом мести. Современное уголовное право, основанное именно на этом принципе юридической ответственности, подтверждает истинность вынесенного суждения.

Гуманитарные науки изучают формы человеческой самореализации, истину которых ищут. К таким наукам относится юриспруденция (правоведение). Но если прочее гуманитарное знание сосредоточено на таких или иных особых формах, то объектом юридической науки является форма самореализации как таковая, т.е. волеустановленный закон, истина или сущность которого — это правовой закон.

Новое общее право

К XIX в. постепенно накопленные социальные изменения приводят к переменам в английском общественном сознании. Англичане активно ведут дела по всему миру, Англия — один из его центров. Отсюда более развитое субъективное самоощущение, которому традиционное общее право плохо соответствовало. Англичане теперь искали настоящую свободу, опирающуюся не на предустановленные традиции и нравственные соображения, а на разумные правовые принципы.

Юридиколо-позитивистские учения И. Бентама и Дж. Остина были направлены именно на прояснение и упорядочение законодательства на основе принципов. Будучи позитивистскими, их теоретические построения сосредоточивались на законе как явлении, тем самым на форме закона, т.е. властном приказании, содержание которого от юриспруденции якобы не зависит. Несмотря на научные претензии юридического позитивизма, по-юридически рассматривать форму в отрыве от содержания — ненаучный подход, потому что в законах важно именно содержание. Принципы законодательства, которые юридические позитивисты выдвигают, чтобы объяснять законы как явления,

⁸¹ Библия. Книги Священного Писания Ветхого и Нового Завета. М., 2011. С. 1178 (Ин. 8:7).

всегда оказываются не собственно правовыми принципами, а началами других наук, на деле неспособными ограничить, разве что замаскировать, произвол законодателя. Поэтому объяснительные возможности юридического позитивизма оказываются ограниченными — это лишь «описательная юриспруденция» (*descriptive jurisprudence*)⁸². В зависимости от исходной методологии юридико-позитивистские теории имеют логический или социологический уклон. В любом случае придание законодательству вида научности и системности, пусть лишь с внешней стороны, является заслугой юридического позитивизма.

Применительно к вопросам частного права в течение XIX в. континентально-европейское юридическое знание постепенно превращалось в общепризнанное сокровище в глазах все большего числа английских юристов, которые разглядели в нем источник правовых понятий, системы и принципов, необходимых общему праву. Континентальная частнопредметная наука увлекала и воодушевляла. Так, в печати восторженно обсуждалась находка историком Б.Г. Нибуром в 1816 г. текста Институций Гая, который обратился за помощью к Ф.К. Савиньи, в итоге определившему, что именно представлял собой обнаруженный документ⁸³. Ф.К. Савиньи воспринимали как одного из ведущих правовых авторитетов, различные его труды переводили на английский язык с конца 1820-х гг.⁸⁴ Еще большую роль в постепенном изменении английского юридического мышления сыграли работы французского правоведа XVIII в. Р.Ж. Потье, сочинение которого об обязательствах было первым переведено на английский язык в 1806 г.⁸⁵ Самостоятельные юридические труды английских авторов, посвященные различным отделам материального гражданского права, начали появляться в XVIII в.⁸⁶ Однако они не были очень востребованы — в начале XIX в. обучающиеся праву предпочитали вместо

⁸² *Hart H.L.A.* The Concept of Law. 2nd ed. / With a Postscript ed. by P.A. Bulloch, J. Raz Oxford, 1994. P. 239–240.

⁸³ См.: *Hoeflich M.H.* Savigny and his Anglo-American Disciples // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 20–22.

⁸⁴ *Ibid.* P. 19.

⁸⁵ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 375.

⁸⁶ Например, предположительно первое предметное изложение английского договорного права см. в первом томе труда Г. Бэллоу о праве справедливости, вышедшем в свет в 1737 г.: *Ballou H.* A Treatise on Equity. With the Additions by J. Fonblanque. 5th edition. Vol. I. London, 1820. Тогда как первая отдельная книга о договорах по английскому праву опубликована в 1790 г.: *Powell J.J.* Essay upon the Law of Contracts and Agreements. In 2 Volumes. London, 1790.

монографий и учебников читать отчеты о судебных решениях, а также посещать судебные заседания⁸⁷. На протяжении XIX в. количество и качество доктринальных сочинений по материальному частному праву неуклонно возрастало⁸⁸. В разной степени опирающиеся на достижения континентальной науки, они в любом случае подготавливали переосмысление английского частного права сообразно правовым принципам, тем более что после отмены форм иска в середине XIX в. иногда служили в судах почти источником права⁸⁹.

В XIX в. английская правовая наука нарождалась почти на пустом месте. Университетское юридическое образование после У. Блэкстона было едва приметным и непрестижным, в лондонских «судебных подворьях» обучение вовсе прекратилось (они продолжали существовать, но после XVII в. там не учились). Практические познания приобретались сугубо индивидуальными усилиями. В середине столетия специальная парламентская комиссия заявила, что «ни в Англии, ни в Ирландии в настоящее время нет ничего, что можно называть юридическим образованием»⁹⁰. Лишь к концу века, благодаря таким профессорам, как У. Ансон, А.В. Дайси, Ф.У. Мейтленд, Ф. Поллок, юридическое образование в английских университетах изменилось к лучшему. Тем не менее «большинство ведущих английских юристов между примерно 1850 и 1950 гг. или вообще не училось в университетах, или, более обычно, обучалось иным предметам, а не праву»⁹¹. Малая приверженность образованности среди профессионального сообщества иллюстрировалась настойчивым сопротивлением введению официальных стандартов юридических услуг. Наконец в 1872 г. экзамен для допуска к судебному представительству (*to the bar*) стал обязательным — вопреки протестам, будто «право есть практика, навыки которой приобретаются деланием, а не учением»⁹².

⁸⁷ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 202.

⁸⁸ Например, см. многократно переизданные: *Chitty J.* A Practical Treatise on the Law of Contracts, not under Seal. 2nd ed. London, 1834; *Blackburn C.* A Treatise on the Effect of the Contract of Sale. London, 1845; *Benjamin J.P.* A Treatise on the Law of Sale of Personal Property. 2nd ed. London, 1872; *Anson W.R.* Principles of the English Law of Contracts. Oxford, 1879.

⁸⁹ См.: *Radley-Gardner O.* Learning to Remember: Civil Law in the Common Law // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law.* 2012. Bd. 76. H. 4. P. 1111.

⁹⁰ *Ibid.* P. 1105.

⁹¹ *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 182.

⁹² *Radley-Gardner O.* *Op. cit.* P. 1107.

На этом противоречивом фоне за основательное реформирование общего права принялся законодатель. В начале 1830-х гг. большинство форм иска было упразднено. Закон 1852 г. полностью отменил указание на используемую форму иска в повестке ответчику (*writ*), а также упростил правила прений⁹³. Затем законы 1873 и 1875 гг., помимо создания Верховного суда (прежние центральные суды вошли в его состав, сохранив привычные наименования), вкуче с некоторым последующим законодательством, сделали судебные прения похожими на происходящие в континентальных судах. Отныне «существо прений, никак не форма, определяет результат; требования могут быть даже изменены по ходу процесса... [поэтому] право больше не техничная (*scientific*) игра, в которую можно выиграть или проиграть, сделав определенный ход»⁹⁴. Наконец, закон 1854 г. предоставил возможность в рамках частноправовых споров разрешать вопросы факта судами без привлечения присяжных. С тех пор фактическое участие присяжных неуклонно уменьшалось; заявление стороны о передаче вопроса присяжным стало выглядеть попыткой недолжным образом спасти плохое дело. После 1933 г. присяжные могли привлекаться только с согласия суда, а уже через два или три десятилетия суды практически прекратили давать такие согласия⁹⁵. Итак, со второй половины XIX в. английское частное право лишилось всех трех основополагающих особенностей традиционного общего права: форм иска, техники прений и присяжных.

Устранение процессуального фундамента общего права неизбежно сделало материальное гражданское право центром правовой системы. При этом важнейшие частноправовые понятия заимствовались из континентальных правопорядков. Произошедшая во второй половине XIX в. английская рецепция континентального гражданского права отличалась следующими основными чертами. Во-первых, она производилась как судебной практикой, так и законодательством. Во-вторых, рецепция неравномерно затронула правовые институты, например, повлияла на договорное право в целом обширнее, чем на вещное. Во-третьих, заимствовалось не столько правовое регулирование как таковое, так сказать, в готовом к правоприменению виде, сколько образующие его юридические понятия, с помощью которых английские юристы воссоздавали общее право на новой основе. Это пример доктринальной рецепции, которая — в отличие

⁹³ См.: *Baker J.* An Introduction to English Legal History. P. 75, 98.

⁹⁴ *Ibid.* P. 99–100.

⁹⁵ *Ibid.* P. 100.

от прочих разновидностей рецепции — вообще производится путем размышления, а не повторения. В-четвертых, главный результат этой рецепции состоял в изменении парадигмы английского юридического мышления, которое во многом уподобилось континентальному, потому что понятия материального частного права стали определяющими: «Судебные дела отныне приобрели важность иллюстраций общих понятий материального права»⁹⁶. В-пятых, рецепция имела отчасти скрытый, неявный характер, потому что произведенные посредством судебных решений заимствования маскировались ссылками на якобы подтверждающие старые английские прецеденты, хотя те образовались в рамках совсем другой парадигмы традиционного общего права. «Общее право, — поясняет Дж. Гордли, — по-прежнему, как говорили, основывается на авторитете решенных дел. Решенные дела были истолкованы таким образом, чтобы подкрепить заимствования»⁹⁷.

Многочисленные судебные решения середины и второй половины XIX в., ставшие основополагающими английскими прецедентами, явно опирались на континентальное юридическое знание, которое предметно обсуждалось и служило ведущим аргументом в судебных прениях⁹⁸. Один из самых ярких примеров — дело *Hadley v. Baxendale*⁹⁹, посредством которого общее право усвоило французское правило¹⁰⁰ об ограничении ответственности предвидимыми убытками. Имелся ряд прецедентов, на которые ответчик в этом деле тоже ссылался, которые подтверждали, что по английскому праву размер взыскиваемых убытков ограничивался. Но ни понятия предвидимости убытков, ни иного отчетливого руководства относительно оснований ограничения убытков оттуда извлечь нельзя. Подобные неясности характерны для традиционного общего права ввиду недостаточной разработки понятий материального частного права, которое большей частью — в том числе применительно к объему взыскиваемых убытков — сводилось к вопросам факта, разрешаемых присяжными¹⁰¹. Поэтому в традиционной парадигме английские юристы вообще затруднялись доходчиво объяснить состоявшиеся судебные решения¹⁰². В разбирае-

⁹⁶ *Gordley J. Op. cit.* P. 27.

⁹⁷ *Ibid.* P. 204–205.

⁹⁸ Обзор см.: *Radley-Gardner O. Op. cit.* P. 1114–1116.

⁹⁹ [1854] EWHC Exch J70; (1854) 9 Ex Ch 341; 156 ER145.

¹⁰⁰ Гражданский кодекс Франции (ГКФ). Ст. 1150.

¹⁰¹ См. также: *Gordley J. Op. cit.* P. 25–26.

¹⁰² *Ibid.* P. 27.

мом примере одним из упомянутых ответчиком прецедентов было дело 1830-х гг. *Walton v. Fothergill*¹⁰³. Там судья заметил относительно убытков: «Я думаю, они должны быть необходимым и непосредственным следствием (*necessary and immediate consequence*), а не такими отдаленными (*remote*), которые истребуются здесь». Это высказывание некоторым образом походило на объяснение, возможно, лишь случайно напоминая французскую формулировку об ответственности за умышленное нарушение договора¹⁰⁴. При этом судья не разъяснил выдвинутый критерий ограничения убытков, т.е. как именно понимать отдаленность убытков. Следуя традиционному дискурсу общего права, суд полагался на бытовое, повседневное употребление слов. В любом случае нет никакого намека на предвидимость убытков.

Другое дело — *Taylor v. Caldwell*¹⁰⁵ — привнесло в английское право континентальное учение о прекращении обязательства невозможностью исполнения, которое получило дальнейшее развитие в институте «тщетности договора» (*frustration*). Ответчик лишился возможности предоставить истцу концертный зал во временное пользование согласно заключенному договору, потому что зал случайно сгорел. Возник вопрос, в сложившихся обстоятельствах ответчик свободен от обязательства, тем самым от ответственности за неисполнение, или нет. Суд постановил, что договор прекратился, потому что его исполнение теперь не соответствовало бы воле сторон. Решение опиралось на разъяснения из Р.Ж. Потье: «Хотя континентальное гражданское право, — подчеркнул судья, — само по себе не имеет силы в английском суде, оно оказывает огромную помощь при изучении принципов, на которых основывается право». При этом суд также сослался на ряд прецедентов, которые якобы подтверждали, что английское право издавна независимо от континентального влияния придерживалось указанного учения. Однако подобранные судебные решения едва ли относились к существу дела. Они лишь подтверждали прекращение договора или смертью должника, или гибелью вещи, принадлежащей кредитору. В этих случаях имелись особые обстоятельства прекращения обязательства, связанные не столько с невозможностью исполнения как таковой, сколько с личным характером исполнения и риском случайной гибели вещи, который обычно возлагается на собственника. Здесь невозможность наступала, но прекращение зависело именно

¹⁰³ 7 Car. & P. 392.

¹⁰⁴ ГКФ. Ст. 1151.

¹⁰⁵ [1863] EWHC QB J1; 122 ER309; 3 B. & S. 826.

от условий обязательства. В упомянутых решениях суды рассуждали о невозможном — как вообще принято в традиционном общем праве — с бытовой точки зрения, поэтому не задумывались о правовой квалификации отношений. Напротив, дело середины XVII в. *Paradine v. Jane*¹⁰⁶, на которое ссылался истец, служило лучшей иллюстрацией невозможности исполнения по общему праву. В защиту от иска о взыскании арендной платы арендатор заявил, что был изгнан с арендуемой земли вражеским войском. Суд постановил, что, несмотря на это, он должен заплатить. Возражение арендатора против иска было признано ненадлежащим (*not a good plea*), в конечном итоге, потому что ранее подобные возражения не допускались, а судьи редко хотели быть новаторами. Там судья сказал, что «когда сторона создает для себя обязанность или обременение собственным договором, она должна выполнить его полностью, независимо от любых происшествий принудительной необходимости, потому что она могла предусмотреть их в своем договоре». Однако эти слова — скорее вывод из признания возражения ответчика ненадлежащим, чем наоборот.

В 1860-х гг. на официальном уровне была предпринята попытка, в итоге безуспешная, приступить к разработке полной кодификации английского частного права в духе давнишних призывов И. Бен-тама¹⁰⁷. Однако взамен кодекса появился ряд законов для отдельных областей гражданско-правовой жизни, которые использовали континентальное юридическое знание, тем самым были частью процесса рецепции. Яркие примеры — Закон о купле-продаже товаров (*Sale of Goods Act*) 1893 г., Закон о товариществах (*Partnership Act*) 1890 г.

Заимствование континентальных частнопровых понятий во второй половине XIX в. отнюдь не отменило, но скорее видоизменило традицию эмпирического мышления в общем праве. Понятие «субъективное право» так и не стало основополагающим. Английские юристы предпочитали рассуждать не о субъективных правах, а основаниях иска (*causes of action*)¹⁰⁸, тем самым сохранили сосредоточенность на судебной защите, которая теперь отталкивалась не от старинных форм иска, а понятия «законного интереса» (*legitimate interest*)¹⁰⁹. Однако интересы, хотя бы законные или общепризнанные, не тождественны субъективным правам. Человек имеет права, даже если у него нет никаких интере-

¹⁰⁶ (1647) A1 26; 82 ER897.

¹⁰⁷ Подробнее см.: *Radley-Gardner O.* Op. cit. P. 1116–1119.

¹⁰⁸ См.: *Samuel G.* A Short Introduction to the Common Law. P. 55.

¹⁰⁹ Подробнее см.: *Samuel G.* “Le Droit Subjectif” and English Law. P. 264–274.

сов. Право означает субъектность и свободу, тогда как интересы таким ценностным измерением не обладают. В остальном английское юридическое мышление по факту приобрело бесспорно континентальный характер¹¹⁰. Благодаря практической ориентации английских юристов, можно сказать, духу эмпирического правоприменения, сложилось так, что со второй половины XIX столетия в общем праве расцветает казуистическая сторона юриспруденции, которая на континенте скрыта под поверхностью всеобщих формулировок законов. В этом состоит подлинное своеобразие общего права на современном этапе.

Вместо заключения: право и логика

Изучение английского права показывает, что любое право — будь то общее или римское, или континентальное — живет казусами. Правовые понятия обладают значением лишь постольку, поскольку выступают правовым смыслом казуса, иначе говоря, они зависят от контекста единичных фактических ситуаций, нуждающихся в правовом регулировании. Сказанное можно выразить и таким образом. Закон является таким, каким он применяется, причем правоприменение определяется не законодательными предписаниями как таковыми, но их юридическим осмыслением в свете сложившихся обстоятельств ради законного решения, которое исходит из истинного понятия волеустановленного закона как формы свободы людей.

Если государственный закон не выражает и защищает свободу граждан, он теряет их поддержку, тем самым утрачивает всеобщность, которая есть сущность закона, а значит, становится законом только по названию, а не по сути. Поэтому с точки зрения юридической науки, которая единственная предметно изучает волеустановленные законы, правовые понятия говорят не о моментах социальной жизни как таковых, а проявлениях человеческой свободы. В этом состоит их смысл, на который нужно ориентироваться ради надлежащего понимания и применения любого закона. При этом свобода как смысл правового регулирования раскрывается именно в единичных ситуациях, гипотетических или реальных, причем в каждой на свой лад. Поэтому юридические ответы правильно давать о том, что написано в законах, но не вообще, а в контексте обстоятельств правоприменения, что-

¹¹⁰ См. также: *McGrath C.P., Koziol H.* Is Style of Reasoning a Fundamental Difference Between the Common Law and the Civil Law? // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law.* 2014. Bd. 78. N. 4. P. 709–749.

бы путем осознания фактической ситуации уловить правовой смысл, а значит, определенно установить значения слов закона.

Логика является важным подспорьем для правоповедения и права, однако сугубо логическими методами нельзя достичь понимания правовой действительности, будь то теоретического или практического. Логика и юриспруденция сосредоточены на разных предметах, т.е. правильном мышлении и свободе соответственно. Поэтому логика занимается рассуждениями безотносительно содержания используемых понятий, тогда как юридическое мышление оперирует понятиями о свободе. Вытеснение юридического размышления о законах чисто логическим приводит к бесправию. Об этом известное выражение: “*Summum jus summa injuria*” (Много законного — мало справедливого).

Поэтому компьютер, будь то запрограммированный на нужные выходные данные или ответы, или даже способный логико-математическим путем находить новые ответы («искусственный интеллект»), не может должным образом, т.е. по-юридически, применять закон. В отличие от законов природы, человеческие законы изменчивы. Поэтому их действие опосредовано содействием или согласием подчиненных законам людей. Недостаток такового в конечном итоге приводит к отмене или изменению закона, иначе он рано или поздно перестает применяться. Тем самым даже простейший случай правоприменения требует свободного решения, которое подспудно принимает правоприменитель в ситуации неопределенности, возникающей потому, что действие закона обусловлено спонтанным согласием с ним в сложившихся фактических обстоятельствах. В проблемных ситуациях указанный момент решения правоприменителя лишь выступает с полной наглядностью. Отсюда важность умения слышать голос несогласного. Напротив, логика ищет не решений, а предрешений. Юриспруденция учит сознательному правотворчеству и правоприменению посредством разумных решений без капризов, произвола и своеволия, потому что только таким путем создаются истинные законы.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Аристотель. Никомахова этика // Аристотель. Сочинения в четырех томах. Том 4 / Пер. с древнегреч. Н.В. Брагинской, М.Л. Гаспарова, С.А. Жебелева, Т.А. Миллер. М.: Мысль, 1983.

Бентам И. О влиянии условий места и времени на законодательство // Бентам И. Принципы законодательства. О влиянии условий места и времени на законодательство. Руководство по политической экономии / Пер. М.О. Гершензона. М.: Либроком, 2012.

Библия. Книги Священного Писания Ветхого и Нового Завета. М.: Российское библейское общество, 2011.

Брактон Г. О законах и обычаях Англии: В 3 т. / Пер. С.Ю. Хатунова. М.; Берлин: Директ-Медиа, 2016.

Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики / Пер. с нем. Б.Н. Бессонова. М.: Прогресс, 1988.

Гегель Г. Философия права / Пер. с нем. Б.Г. Столпнера, М.И. Левиной. М.: Мысль, 1990.

Дигесты Юстиниана. Том I. Книги I–IV / Пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2002.

Дигесты Юстиниана. Том VII. Полутом 2. Книги XLVIII–L / Пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2005.

Дождев Д.В. Римское частное право. М.: Норма, 1996.

Дождев Д.В. *Arg boni et aequi* в определении Цельса: право между искусством и наукой // Труды Института государства и права. 2016. № 4. С. 61–73.

Ивин А.А. Логика. М.: Оникс, 2008.

Истолкования английских законов г. Блэкстона. Кн. I–III / Пер. с англ. С.Е. Десницкого. М.: Университетская типография, 1781–1782.

Кант И. Критика практического разума // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 1 / Под общ. ред. В.Ф. Асмуса. А.В. Гулыги, Т.И. Ойзермана. М.: Мысль, 1965.

Кант И. Критика способности суждения / Пер. с нем. М.: Искусство, 1999.

Кант И. Критика чистого разума // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 3 / Под общ. ред. В.Ф. Асмуса. А.В. Гулыги, Т.И. Ойзермана. М.: Мысль, 1964.

Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2 / Под общ. ред. В.Ф. Асмуса. А.В. Гулыги, Т.И. Ойзермана. М.: Мысль, 1965.

Кант И. О поговорке «Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики» // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2 / Под общ. ред. В.Ф. Асмуса. А.В. Гулыги, Т.И. Ойзермана. М.: Мысль, 1965.

Монтескье Ш. Л. О духе законов / Пер. А.В. Матешука. М.: Мысль, 1999.

Паламарчук А.А. Цивильное право в раннеюэртонской Англии: институты и идеи. СПб.: Алетейя, 2015.

Пастернак Б. Сочинения в двух томах. Т. 1. Стихотворения. Тула: Филин, 1993.

Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права // Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр. А.Д. Хаютина. М.: Канон-пресс, 1998.

Сартр Ж.П. Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии / Пер. с фр., предисл. В.И. Колядко. М.: Республика, 2000.

Трактат о законах и обычаях королевства Английского, который называется Гленвилевским / Пер., ред., вступит. слово С.Ю. Хатунова. М.; Берлин: Директ-Медиа, 2016.

Цицерон М.Т. О законах // Цицерон М.Т. О государстве. О законах. О старости. О дружбе. Об обязанностях. Речи. Письма / Сост., примеч. Е.В. Ляпустина, предисл. Е.И. Темнова. М.: Мысль, 1999.

Цицерон М.Т. Об ораторе // Цицерон М.Т. Эстетика: Трактаты, Речи, Письма / Пер. М.Л. Гаспарова и др. М.: Искусство, 1994.

Anson W.R. Principles of the English Law of Contracts. Oxford: Clarendon Press, 1879.

Baker J. An Introduction to English Legal History. Oxford: Oxford University Press, 2019.

Baker J. Human Rights and the Rule of Law in Renaissance England // Northwestern Journal of International Human Rights. 2004. Vol. 2. Issue 1. URL: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol2/iss1/3> (дата обращения: 04.04.2024).

Ballow H. A Treatise on Equity. With the Additions by J. Fonblanque. 5th ed. Vol. I. London: Clarke, 1820.

Benjamin J.P. A Treatise on the Law of Sale of Personal Property. 2nd ed. London: Henry Sweet, 1872.

Blackburn C. A Treatise on the Effect of the Contract of Sale. London: William Benning, 1845.

Blackstone W. The Commentaries on the Laws of England. Vol. I of the Rights of Persons. London: John Murray, 1876.

Chitty J. A Practical Treatise on the Law of Contracts, not under Seal. 2nd ed. London: S. Sweet, 1834.

Dworkin R. The Model of Rules // The University of Chicago Law Review. 1967. Vol. 35. No. 1. P. 14–46.

Gordley J. The Jurists. A Critical History. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Hart H.L.A. The Concept of Law. 2nd ed., with a Postscript ed. by P.A. Bulloch, J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994.

Hayes G. Crogate's Case: A Dialogue in the Shades on Special Pleading Reform. London: B.E. Bult, 1854.

Hoeflich M.H. Savigny and his Anglo-American Disciples // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. No. 1. P. 17–37.

Hollond H.A. English Legal Authors before 1700 // The Cambridge Law Journal. 1947. Vol. 9. No. 3. P. 292–329.

Lobban M. Blackstone and the Science of Law // The Historical Journal. 1987. Vol. 30. No. 2. P. 311–335.

McGrath C.P., Kozjol H. Is Style of Reasoning a Fundamental Difference Between the Common Law and the Civil Law? // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law. 2014. Bd. 78. H. 4. P. 709–749.

Oldham J. English Common Law in the Age of Mansfield. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2004.

Ollikainen-Read A. Law and Commerce: The Fortunate Crisis of the Eighteenth Century // *The Journal of Legal History*. 2022. Vol. 43. No. 1. P. 56–83. DOI: 10.1080/01440365.2022.2043373.

Plucknett T.F.T. The Relations between Roman Law and English Common Law down to the Sixteenth Century: A General Survey // *The University of Toronto Law Journal*. 1939. Vol. 3. No. 1. P. 24–50.

Pollock F., Maitland F.W. The History of English Law before the Time of Edward I. Vol. I, II. Cambridge: Cambridge University Press, 1895.

Powell J.J. Essay upon the Law of Contracts and Agreements. In 2 Volumes. London: Johnson, 1790.

Radley-Gardner O. Learning to Remember: Civil Law in the Common Law // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. 2012. Bd. 76. H. 4. P. 1101–1121.

Samuel G. A Short Introduction to the Common Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

Samuel G. “Le Droit Subjectif” and English Law // *The Cambridge Law Journal*. 1987. Vol. 46. No. 2. P. 264–286.

Sherman Ch. P. The Romanization of English Law // *The Yale Law Journal*. 1914. Vol. 23. No. 4. P. 318–329.

Simpson A. W.B. The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature // *The University of Chicago Law Review*. 1981. Vol. 48. No. 3. P. 632–679.

Spence G. The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery. Vol. I. Philadelphia: Lea and Blanchard, 1846.

Stephen H.J. A Treatise on the Principles of Pleading in Civil Actions. London: Butterworth, 1824.

Watson A. Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development // *Loyola Law Review*. 1990. Vol. 36. No. 2. P. 247–268.

REFERENCES

Anson, W. R. (1879). *Principles of the English Law of Contracts*. Oxford: Clarendon Press. (in Eng.).

Aristotle. (1983). *Nikomakhova ehtika [Nicomachean Ethics]*. In: Aristotle. *Sochineniya v chetyrekh tomakh. Tom 4* [Collected works in four volumes. Volume 4]. Translated from ancient Greek by N.V. Braginskaya, M.L. Gasparov, S.A. Zhebelev, T.A. Miller. Moscow: Mysl. (in Russ.).

Baker, J. (2019). *An Introduction to English Legal History*. Oxford: Oxford University Press. (in Eng.).

Baker, J. *Human Rights and the Rule of Law in Renaissance England* [online] *Northwestern Journal of International Human Rights*. 2004. Vol. 2. Issue 1. Available at: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol2/iss1/3> [Accessed:08.08. 2023]. (in Eng.).

Ballow, H. A (1820). *Treatise on Equity. With the Additions by J. Fonblanque*. 5th edition. Vol. I. London: Clarke. (in Eng.).

Benjamin, J.P. (1872). *A Treatise on the Law of Sale of Personal Property*. 2nd edition. London: Henry Sweet. (in Eng.).

Bentham, J. (2012). O vliyanii uslovii mesta i vremeni na zakonodatel'stvo [Essay on the Influence of Time and Place In Matters Of Legislation]. In: Bentham J. *Printsipy zakonodatel'stva. O vliyanii uslovii mesta i vremeni na zakonodatel'stvo. Rukovodstvo po politicheskoi ehkonomii* [Principles of Legislation. On The Influence of Time and Place in Matters of Legislation. Writings on Political Economy]. Translated by M.O. Gershenzon. Moscow: Librokom. (in Russ.).

(2011). *Bibliya. Knigi Svyashchennogo Pisaniya Vetkhogo i Novogo Zaveta* [The Bible. The Books of the Holy Scripture of the Old and New Testament]. Moscow: Rossiiskoe bibleiskoe obshchestvo. (in Russ.).

Blackburn, C. (1845). *A Treatise on the Effect of the Contract of Sale*. London: William Benning. (in Eng.).

Blackstone, W. (1876). *The Commentaries on the Laws of England. Vol. I of the Rights of Persons*. London: John Murray. (in Eng.).

Bracton, H. (2016). *O zakonakh i obychayakh Anglii. V 3 tomakh* [On the Laws and Customs of England. In 3 Volumes]. Translated by S. YU. Khatunov. Moscow-Berlin: Direkt-Media. (in Russ.).

Chitty, J. (1834). *A Practical Treatise on the Law of Contracts, not under Seal*. 2nd edition. London: S. Sweet. (in Eng.).

Cicero, M.T. (1994). Ob oratore [On the Orator] In: Cicero M.T. *Ehstetika: Traktaty, Rechi, Pisma* [Aesthetics: Treatises, Speeches, Letters]. Translated by M.L. Gasparov and others. Moscow: Iskusstvo. (in Russ.).

Cicero, M.T. (1999). O zakonakh [On the Laws]. In: Cicero M.T. *O gosudarstve. O zakonakh. O starosti. O druzhbe. Ob obyazannostyakh. Rechi. Pisma* [On the Republic. On the Laws. On Old Age. On Friendship. On Duties. Speeches. Letters]. Collected, commented by E.V. Lyapustin, introduction by E.I. Temnov. M.: Mysl. (in Russ.).

Dozhdev, D.V. (1996). *Rimskoe chastnoe pravo* [Roman Private Law]. Moscow: Norma. (in Russ.).

Dozhdev, D.V. (2016). Ars boni et aequi v opredelenii Tsel'sa: pravo mezhdum iskusstvom i naukoj [Ars Boni et Aequi as Defined by Celsus: Law between Art and Science]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava* [Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS], (4), pp. 61–73. (in Russ.).

Dworkin, R. (1967). The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*, 35 (1), pp. 14–46. (in Eng.).

Fyodorov, S.E. ed. (2015). Palamarchuk, A.A. *Tsivil'noe pravo v rannestyuartovskoi Anglii: instituty i idei* [Civil Law in The Early Stuart England: Institutions and Ideas]. Saint-Petersburg: Aletheia. (in Russ.).

Gadamer, H.-G. (1988). *Istina i metod: Osnovy filosofskoi germenevтики* [Truth and Method: Foundations of Philosophical Hermeneutics]. Translated from German, general edition and introduction by B.N. Bessonov. Moscow: Progress. (in Russ.).

- Gordley, J. (2013). *The Jurists. A Critical History*. Oxford: Oxford University Press. (in Eng.).
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law, Second Edition, with a Postscript ed. by P.A. Bulloch, J. Raz*. Oxford: Clarendon Press. (in Eng.).
- Hayes, G. (1854). *Crogate's Case: A Dialogue in the Shades on Special Pleading Reform*. London: B.E. Bult. (in Eng.).
- Hegel, G. (1990). *Filosofiya prava* [Philosophy of Law]. Translated from German by B.G. Stolpner, M.I. Levina. Moscow: Mysl. (in Russ.).
- Hoeflich, M.H. (1989). Savigny and his Anglo-American Disciples. *The American Journal of Comparative Law*, 37 (1), pp. 17–37. (in Eng.).
- Hollond, H.A. (1947). English Legal Authors before 1700. *The Cambridge Law Journal*, 9 (3), pp. 292–329. (in Eng.).
- (1781–1782). *Istolkovaniya angliiskikh zakonov g. Blakstona. Kn. I–III* [The Commentaries on the Laws of England by Mr. Blackstone. Books I – III]. Translated from English by S.E. Desnitskiy. Moscow: Universitetskaya Tipografiya. (in Russ.).
- Ivin, A.A. (2008). *Logika* [Logics]. Moscow: Oniks. (in Russ.).
- Kant, I. (1964). *Kritika chistogo razuma* [Critique of Pure Reason]. In: Asmus, V.F., Gulyga, A.V., Oizerman T. I. eds. *Kant I. Sochineniya v shesti tomakh. T. 3* [Collected Works in Six Volumes. Volume 3]. M.: Mysl. (in Russ.).
- Kant, I. (1965). *Kritika prakticheskogo razuma* [Critique of Practical Reason]. In: Asmus, V.F., Gulyga, A.V., Oizerman T. I. eds. *Kant I. Sochineniya v shesti tomakh. T. 4. Ch. 1* [Collected Works in Six Volumes. Volume 4. Part 1]. M.: Mysl. (in Russ.).
- Kant, I. (1965). *Metafizika nravov v dvukh chastyakh* [Metaphysics of Morals]. In: Asmus, V.F., Gulyga, A.V., Oizerman T. I. eds. *Kant I. Sochineniya v shesti tomakh. T. 4. Ch. 2* [Collected Works in Six Volumes. Volume 4. Part 2]. M.: Mysl. (in Russ.).
- Kant, I. (1965). *O pogovorke «Mozhet byt, ehto i verno v teorii, no ne goditsya dlya praktiki»* [On the Proverb: “This May Be True in Theory, but It Does Not Apply in Practice”]. In: Asmus, V.F., Gulyga, A.V., Oizerman T. I. eds. *Kant I. Sochineniya v shesti tomakh. T. 4. Ch. 2* [Collected Works in Six Volumes. Volume 4. Part 2]. M.: Mysl. (in Russ.).
- Kant, I. (1999). *Kritika sposobnosti suzhdeniya* [Critique of Judgment]. Translated from German. Moscow: Iskustvo. (in Russ.).
- Khatunov, S. Yu. ed. (2016). *Traktat o zakonakh i obyayakh korolevstva Angliiskogo, kotoryi nazyvaetsya Glanvil'skim* [The Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England Called Glanville]. Moscow; Berlin: Direkt-Media. (in Russ.).
- Kofanov, L.L. ed. (2002). *Digesty Yustiniana. Tom I. Knigi I – IV* [Digest of Justinian. Volume I. Books I – IV]. Translated from Latin. Moscow: Statut. (in Russ.).
- Kofanov, L.L. ed. (2005). *Digesty Yustiniana. Tom VII. Polutom 2. Knigi XLVIII–* [Digest of Justinian. Volume VII. Semi-volume 2. Books XLVIII – L]. Translated from Latin. Moscow: Statut. (in Russ.).
- Lobban M. (1987). Blackstone and the Science of Law. *The Historical Journal*, 30 (2), pp. 311–335. (in Eng.).

McGrath, C.P. and Koziol, H. (2014). Is Style of Reasoning a Fundamental Difference Between the Common Law and the Civil Law? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 78 (4), pp. 709–749. (in Eng.).

Montesquieu, Ch. L. (1999). *O dukhe zakonov* [The Spirit of Law]. Translated by A.V. Mateshuk. Moscow: Mysl. (in Russ.).

Oldham, J. (2004). *English Common Law in the Age of Mansfield*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press. (in Eng.).

Ollikainen-Read, A. (2022). Law and Commerce: The Fortunate Crisis of the Eighteenth Century. *The Journal of Legal History*, 43 (1), pp. 56–83. DOI: 10.1080/01440365.2022.2043373. (in Eng.).

Pasternak, B. (1993). *Sochineniya v dvukh tomakh. Tom 1. Stikhotvoreniya* [Writings in Two Volumes. Volume 1. Poems]. Tula: Filin. (in Russ.).

Plucknett, T. F. T. (1939). The Relations between Roman Law and English Common Law down to the Sixteenth Century: A General Survey. *The University of Toronto Law Journal*, 3 (1), pp. 24–50. (in Eng.).

Pollock, F. and Maitland, F.W. (1895). *The History of English Law before the Time of Edward I*. Vol. I, II. Cambridge: Cambridge University Press. (in Eng.).

Powell, J.J. (1790). *Essay upon the Law of Contracts and Agreements. In Two Volumes*. London: Johnson. (in Eng.).

Radley-Gardner, O. (2012). Learning to Remember: Civil Law in the Common Law. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 76 (4), pp. 1101–1121. (in Eng.).

Rousseau, J.-J. (1998). Ob obshchestvennom dogovore, ili Printsipy politicheskogo prava [On the Social Contract; or, Principles of Political Right]. In: Rousseau J.-J. *Ob obshchestvennom dogovore. Traktaty* [On the Social Contract. Treatises]. Translated from French by A.D. Khayutin. Moscow: Kanon-press. (in Russ.).

Samuel, G. (2013). *A Short Introduction to the Common Law*. Cheltenham: Edward Elgar. (in Eng.).

Samuel, G. (1987). “Le Droit Subjectif” and English Law. *The Cambridge Law Journal*, 46 (2), pp. 264–286. (in Eng.).

Sartre, J.-P. (2000). *Bytie i nichto: opyt fenomenologicheskoi ontologii* [Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology]. Translated from French, introduction by V.I. Kolyadko. Moscow: Respublika. (in Russ.).

Sherman, Ch. P. (1914). The Romanization of English Law. *The Yale Law Journal*, 23 (4), pp. 318–329. (in Eng.).

Simpson, A. W. B. (1981). The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature. *The University of Chicago Law Review*, 48 (3), pp. 632–679. (in Eng.).

Spence, G. (1846). *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*. Vol. I. Philadelphia: Lea and Blanchard. (in Eng.).

Stephen, H.J. (1824). *A Treatise on the Principles of Pleading in Civil Actions*. London: Butterworth. (in Eng.).

Watson, A. (1990). Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development. *Loyola Law Review*, 36 (2), pp. 247–268. (in Eng.).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Слыщенко Владимир Алексеевич — доцент кафедры гражданского и арбитражного процесса факультета права Московской высшей школы социальных и экономических наук, доцент кафедры теории и истории частного права ИЦЧП имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, кандидат юридических наук, доктор права.

AUTHOR'S INFO:

Vladimir A. Slyshchenkov — Associate Professor, Department of Civil and Arbitration Process, Law Faculty, Moscow School of Social and Economic Sciences, Associate Professor, Department of Theory and History of Private law, Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alexeev, Candidate of Legal Sciences, Ph.D. in Law.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Слыщенко В.А. К вопросу о своеобразии английского частного права // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2024. Т. 19. № 2. С. 35–73. DOI: 10.35427/2073-4522-2024-19-2-slyshchenkov

FOR CITATION:

Slyshchenkov, V.A. (2024) On the Issue of Alterity of English Private Law. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS, 19(2), pp. 35–73. DOI: 10.35427/2073-4522-2024-19-2-slyshchenkov