

**В. А. Томсинов,**

*доктор юридических наук, профессор юридического факультета  
Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова*

**Common Law  
в юридической конструкции  
государственного строя Англии  
первых десятилетий XVII века**

*Опубликовано:*

*«Forging a common legal destiny».*

*Liber Amicorum in honour of William E. Butler.*

*London: Wildy, Simmonds & Hill Publishers, 2005. P. 17–31.*

*(в квадратных скобках красным цветом указаны номера страниц,  
следующие за цифрой)*

[17] Анализ юридической конструкции государственного строя, которая сложилась в Англии к началу XVII века, позволяет многое понять в сущности происходившей на протяжении первых десятилетий указанного столетия политической борьбы в английском обществе. Кроме того, он дает возможность ответить на вопрос, почему в 1640 году эта борьба стала выходить за правовые рамки и в конце концов вылилась в революцию и гражданскую войну. Наконец, рассмотрение правовых основ, характерных для английского государственного строя начала XVII столетия, необходимо для раскрытия подлинного смысла тех изменений в форме правления, которые произошли в Англии к концу названного столетия.

Государственный строй Англии начала XVII века, как правило, определяется в исторической литературе в качестве «абсолютной монархии» или «абсолютизма». Так, в книге В.В. Штокмар «История Англии в средние века» период правления Елизаветы Тюдор (1558–1603 гг.) называется «расцветом абсолютизма», «кульминационным пунктом в развитии английского абсолютизма»<sup>1</sup>. По мнению российских

---

<sup>1</sup> Штокмар В. В. История Англии в средние века. СПб., 2000. С. 169.

историков В.М. Лавровского и М.А. Барга, «английский абсолютизм при первых Стюартах представлял собой упадочную форму феодально-абсолютистской монархии, пытавшейся опереться на аристократию, феодальное дворянство и на англиканскую церковь в борьбе с далеко зашедшими притязаниями буржуазии и нового дворянства»<sup>2</sup>. Революция 1640–1660 годов изображается при этом как выступление английской буржуазии и примкнувшей к ней части обуржуазившегося дворянства (джентри) против феодальной абсолютной монархии<sup>3</sup>, а общий смысл изменений в английском государственном строе, произошедших на протяжении [18] XVII столетия, видится в переходе от «абсолютной монархии» к монархии «конституционной». «До 1640 года формой правления в Англии, — утверждает во втором томе своей книги «Право и революция» американский правовед Гарольд Берман, — была абсолютная монархия, в которой король правил с помощью своего совета и иногда, в случае когда созывал его, с помощью своего парламента... После 1689 года формой правления была конституционная монархия, в которой парламент собирался постоянно и был высшим органом, хотя король и его совет сохраняли, с согласия парламента существенную власть, особенно относительно иностранных дел и заморских колоний»<sup>4</sup>. Подобный взгляд на политическую систему, установившуюся в Англии после «славной революции» 1688 года, проводится и в книге «Свобода, порядок и правосудие» американского историка Джеймса МакКлеллана. По его словам, «принятая система была в действительности ограниченной или конституционной монархией»<sup>5</sup>.

По моему мнению, историки, считающие главным стержнем эволюции английской государственности на протяжении XVII века переход от строя абсолютной монархии к системе конституционной

---

<sup>2</sup> Лавровский В. М., Бург М. А. Английская буржуазная революция. Некоторые проблемы английской буржуазной революции 40-х годов XVII века. М., 1958. С. 180.

<sup>3</sup> См., например: История государства и права зарубежных стран. Ч. 2 / Под ред. О. А. Жидкова и Н. А. Крашенинниковой. М., 1999. С. 1. Здесь пишется, в частности, о том, как «английская буржуазия выступила против феодальной монархии» и сумела «одержать победу над абсолютизмом».

<sup>4</sup> Berman H. J. Law and Revolution, II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition. Harvard, 2003. P. 207.

<sup>5</sup> McClellan J. Liberty, Order and Justice. An Introduction to the constitutional principles of American government. Third edition. Indianapolis, 2000. P. 30.

монархии, не обращают должного внимания на юридическую конструкцию государственного строя, существовавшего в Англии в начале XVII века. Данная конструкция не была простой фикцией, лишенной реального политического содержания. В ее правовых формах закреплялась и отражалась действовавшая на практике система институтов государственной власти, совокупность присущих им властных полномочий. Именно поэтому юридическая конструкция государственного строя Англии являлась предметом острых дискуссий между противоборствовавшими политическими группировками. Взаимная борьба этих группировок была во многом схваткой правоведов, фехтованием статьями законодательных актов и юридическими прецедентами. Каждая из конфликтующих сторон искала в сфере права опору своим политическим притязаниям и средства обуздания притязаний своего противника.

Если рассматривать английский государственный строй во всех его вариантах, существовавших на протяжении указанного века, через призму его правовых основ, то нельзя не прийти к выводу о том, что характеристики данного строя как строя «абсолютной монархии» или монархии «конституционной» являются слишком упрощенными и даже бессмысленными.

[19] В настоящее время под конституцией понимается чаще всего документ, в котором сведены воедино правовые нормы, обладающие высшей юридической силой и закрепляющие основы общественного строя и политической системы страны, основные права и свободы граждан. Категория же основных законов обыкновенно используется при этом в качестве синонима понятия конституции.

Вместе с тем понятие конституции нередко употребляется для обозначения совокупности правовых норм, устанавливающих рамки деятельности органов государственной власти и охраняющих права и свободы граждан, также в том случае, когда они не выражаются в едином документе и не имеют высшей юридической силы по отношению к другим правовым нормам. Так, в современной Великобритании конституционные установления не кодифицированы, не сведены в единый текст или серию документов, тем не менее считается, что и в этой стране есть конституция. По словам Эрика Барендта, британская конституция представляет собой «конституцию,

укорененную в common law<sup>6</sup>, в том смысле, что ее фундаментальные принципы, такие как принципы парламентского верховенства и господства права, выражены в судебных решениях (judicial decisions). Подобно решениям (rulings) судов по контракту и причинению вреда, эти решения (decisions) не изложены в кодексе»<sup>7</sup>. Кроме того данная конституция является «гибкой в том смысле, что отсутствует строгое различие между обыкновенным и конституционным законодательством; статуты, имеющие дело с конституционными вопросами, не подчинены какой-либо специальной процедуре внесения поправок и могут быть в принципе легко отменены словесным выражением»<sup>8</sup>. Подобные оценки британской конституции дает и правовед Т.Р.С. Эллан, который утверждает в своей книге «Право, свобода и правосудие. Юридические основы британского конституционализма», что «при отсутствии высшего «конституционного» права, провозглашенного в писаной конституции и почитаемого в качестве источника уникального юридического авторитета, принцип господства права служит в Британии формой конституции. Именно в этом основном смысле Британия обладает конституцией, коренящейся в общем праве<sup>9</sup>: идеи и ценности которой, составляющие принцип господства права, отражены и воплощены в обыкновенном common law»<sup>10</sup>.

[20]Если на развитие государственного строя Англии в течение XVII века посмотреть с точки зрения выраженного в приведенных высказываниях понимания сущности английской конституции, то станет очевидным, что английская монархия была «конституционной» не только в конце указанного века, но и в самом его начале. Факт наличия у Английского государства конституции или основных законов во времена, предшествовавшие «славной революции» 1688 года,

<sup>6</sup> Дословно: «This reflects the point that the constitution is a common law constitution».

<sup>7</sup> English Public Law / Edited by D. Feldman. Oxford, 2004. P. 7.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Дословно: «It is in this fundamental sense that Britain has a common law constitution».

<sup>10</sup> «In the absence of a higher “constitutional” law, proclaimed in a written Constitution and venerated as a source of unique legal authority, the rule of law serves in Britain as a form of constitution. It is in this fundamental sense that Britain has a common law constitution: the ideas and values of which the rule of law consists are reflected and embedded in the ordinary common law» (Allen T. R. S. Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism. Oxford, 1994. P. 4).

признавали и сами участники революционных событий. 28 января/ 7 февраля 1688/1689 года Палата общин английского парламента, имевшего в тот момент статус Конвента, приняла резолюцию, в которой говорилось, что «Король Джеймс Второй, предприняв попытку ниспровергнуть Конституцию этого Королевства путем разрыва Первоначального Договора между Королем и Народом и по совету иезуитов и других злых лиц, нарушил *основные законы...*» (курсив мой. — В. Т.)<sup>11</sup>.

Для обозначения юридической конструкции государственного строя английские политические деятели первых десятилетий XVII столетия использовали различные термины и словосочетания. Так, спикер Палаты Общин в своей парламентской речи, произнесенной в присутствии короля Якова I 7 июля 1604 года, говорил о «законах, посредством которых Ковчег этого Правительства когда-либо направлялся»<sup>12</sup>. По его словам, существует три вида таких законов: «во-первых, Common Law, основанное или выведенное из Божественного Права, Права Разума и Естественного Права, являющихся неизменными; во-вторых, позитивное право, основанное, изменяемое и переделываемое с помощью и через посредство случаев и течения времен; в-третьих, обычаи и обыкновения, соблюдаемые и признаваемые опытом времени, при отсутствии знания их истоков»<sup>13</sup>.

Однако, в большинстве случаев юридическая конструкция государственного строя Англии обозначалась терминами «constitution» или «fundamental laws (основные законы)». Правовед и парламентарий Дж. Уайтлок (James Whitelocke, 1570–1632), выступая 2 июля 1610 года в Палате Общин при обсуждении вопроса о праве короля устанавливать таможенные пошлины (impositions) без согласия парламента, заявлял,

---

<sup>11</sup> «King James the Second, having endeavoured to subvert the Constitution of this Kingdom, by breaking the Original Contract between King and People; and, by the Advice of Jesuits, and other wicked Persons, having violated the fundamental Laws...» (Journal of the House of Commons. Vol. 10, London, 1802. P. 14).

<sup>12</sup> «The Laws, whereby the Ark of this Government hath been ever steered» (Journal of House of Commons. Vol. 1. London, 1802. P. 254).

<sup>13</sup> «The first, the Common Law, grounded or drawn from the Law of God, the Law of Reason, and the Law of Nature, not mutable; the second, the positive Law, founded, changed and altered by and through the Occasions and Policies of Times; the third, Customs and Usages, practiced and allowed with Time's Approbation, without known Beginnings» (Ibid.).

что подобные действия его величества «противоречат естественному порядку и конституции политики этого королевства, которая [21] представляет собой Jus publicum regni (публичное право королевства); и тем самым ниспровергают основной закон королевства и ведут к созданию новой формы государства и правления» (курсив мой. — В. Т.)<sup>14</sup>.

Об «основном законе Англии», по которому «парламент является общим советом короля и королевства»<sup>15</sup>, говорил в 1638 году в одной из своих судебных речей судья Королевской Скамьи сэр Роберт Беркли. Этому закону должна была, по его мнению, подчиняться и королевская власть. «Хотя король Англии обладает монархической властью и имеет привилегию высшего достоинства и облечен абсолютным доверием к своей короне и персоне для управления своими подданными, однако его правление должно осуществляться сообразно законам королевства»<sup>16</sup>, — утверждал он.

Понятия конституции и основных законов часто использовались в парламентских речах, в политических и правовых документах периода революции 1640–1660 годов. Так, лорд Фолькленд говорил в своем выступлении на заседании Палаты Общин 7 декабря 1640 года о том, что «конституция этого государства установила, или скорее пыталась установить для нас, гарантии сохранности нашего имущества и сохранности тех законов, которые должны охранять нас и наше имущество, посредством назначения для нас судей, постоянных и верных присяге в такой степени, что не может быть никакого гнета»<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> «...Is against the natural frame and constitution of the policy of this Kingdom, which is Jus publicum regni, and so subverteth the fundamental law of the realm, and induceth a new form of state and government» (Parliamentary debates in 1610 / Edited from the notes of a member of the House of Commons by Samuel Rawson Gardiner. London: Camden Society, 1862. P. 103. См. также: Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and the Other Crimes Misdemeanors from the Earliest Period to the Year 1783 / Ed. T. B. Howell. London, 1816. Vol. 2. P. 481).

<sup>15</sup> «I confess, that by the fundamental law of England, the Parliament is commune concilium Regis et regni» (Extracts from the argument of Sir Robert Berkeley, Justice of the King, Bench // The Constitutional Documents of the Puritan Revolution. 1625–1660. Third edition, revised / Selected and edited by S. R. Gardiner. Oxford, 1906. P. 123).

<sup>16</sup> «Though the King of England hath a monarchical power, and hath jura summae majestatis, and hath an absolute trust settled in his crown and person, for government of his subjects; yet his government is to be secundum leges regni» (Ibid. P. 116).

<sup>17</sup> «The constitution of this Common-wealth, hath stablisht, or rather endeavoured to establish to us, the security of our goods, and the security of those Lawes, which should

В представленных 25 ноября 1640 года в Палату Лордов «Статьях Общин...», в которых формулировалось обвинение графа Страффорда в государственной измене, отмечалось, что он «предательски предпринял попытку ниспровергнуть Основные Законы и Правление Королевств Англии и Ирландии и ввести вместо него произвольное, тираническое и противозаконное Правление» (курсив мой. — В. Т.)<sup>18</sup>.

[22] О попытке «ниспровергнуть основные Законы и Правительство Королевства Англии» шла речь и в статьях по обвинению в государственной измене, выдвинутому королем Карлом I против вождей парламентской оппозиции 3/10 января 1641/1642 года<sup>19</sup>.

В декларации «Долгого парламента», принятой 27 мая 1642 года, подчеркивалось, что «согласно Конституции и политике этого королевства, король не может посредством своей прокламации объявлять закон, противоречащий решению и резолюции какого-либо из нижестоящих судов правосудия, еще менее — закон, направленный против Высокого Суда Парламента»<sup>20</sup>.

Употребляя понятия «конституция» или «основной закон королевства», английские правоведы и парламентарии первых десятилетий XVII века, как правило, не давали им определения. При этом смысловое значение этих понятий не вызывало среди них каких-либо споров. Иначе и не могло быть — под терминами «constitution» и «fundamental law» английские политические деятели подразумевали не какую-либо конкретную совокупность правовых норм, но common law Англии в целом.

---

secure us, and our goods, by appointing for us judges, so settled, so sworne, that there can be no oppression» (*The Lord Falkland. His Learned Speech in Parliament, in House of Commons, Touching the Judges and the late Lord Keeper. London, 1640. P. 3*).

<sup>18</sup> «Hath traitorously endeavoured to subvert the Fundamental Lawes and government of the Realmes of England and Ireland and instead thereof to introduce an arbitrary and tyrannicall Government against Law» (Depositions and articles against Thomas, Earle of Strafford. Febr. 16. 1640. London, 1640. P. 1. См. также: *Journal of the House of Lords. London, 1802. Vol. 4. P. 97*).

<sup>19</sup> *Journal of the House of Lords. Vol. 4. P. 501*.

<sup>20</sup> «By the Constitution and Policy of this Kingdom, the King by His Proclamation cannot declare the Law contrary to the Judgment and Resolution of any of the Inferior Courts of Justice, much less against the High Court of Parliament» (*Journal of House of Commons» (Journal of House of Commons. Vol. 5. London, 1802. P. 113)*).

Именно common law считал главным юридическим фундаментом своей власти король Яков I. Выступая 21 марта 1610 года на заседании обеих палат английского парламента, его величество говорил о том, что хотя «своим Королевством он не обязан ни какой избранной власти и не зависит от одобрения народа», тем не менее «закон возложил Корону на его голову, и он является Королем на основании общего права (common law) страны»<sup>21</sup>. Принципы common law составляли юридическую основу властных полномочий и английского парламента. Об этом говорил, например, в своей парламентской речи 28 июня 1610 года Томас Хедлей (*Thomas Hedley*)<sup>22</sup>. По его словам, «власть и полномочия парламента проистекают из common law, а не common law — от парламента. И поэтому common law обладает бóльшим влиянием и силой, чем парламента»<sup>23</sup>.

Идея о common law как фундаменте, на котором строилась организация и деятельность английского парламента [23] проводилась также авторитетным правоведом Эдуардом Куком<sup>24</sup> (*Edward Coke, 1552–*

---

<sup>21</sup> «The lawe did set the Crowne upon his head, and he is a King by the common lawe of the land». (Parliamentary Debates in 1610 / Edited by S. R. Gardiner. London, 1862. P. 24).

<sup>22</sup> См.: Proceedings in Parliament, 1610. 2 Vols / Edited by Elizabeth Read Foster. New Haven: Yale University Press, 1966. Vol. 2. P. 170–197.

<sup>23</sup> «The parliament hath his power and authority from the common law, and not the common law from the parliament. And therefore the common law is of more force and strength than the parliament».

<sup>24</sup> Имя Э. Кука впервые встречается в документах английского парламента за 1592 год. На заседании Палаты Лордов 22 февраля указанного года он был утвержден королевой Елизаветой в должности спикера Палаты Общин. Речь Э. Кука на данном заседании так понравилась Её Величеству, что, сообщая ему через посредство Лорда-хранителя Большой Печати о своем согласии на занятие им этой должности, она одновременно выразила благодарность Палате Общин «за сделанный удачный выбор — избрание на должность спикера подходящего человека». (A Compleat Journal of the Notes, Speeches and Debates, both of the Hoyses of Lords and Hoyses of Commons throughout the whole Reign of Queen Elizabeth, of Glorious Memory. Collected by that Eminent Member of Parliament Sir Simond Dewes, Baronet. Published by Paul Bowes, of the Middle-Temple Esq. London, 1693. P. 459). С тех пор во всех журналах Палаты Лордов и Палаты Общин английского парламента этот правовед выступает под именем Edward Cooke. Очевидно, что на русском языке это имя должно произноситься как Эдуард **Кук**. В современной английской историко-правовой литературе оно пишется как E. Coke. Соответственно его надлежало бы произносить по-русски как **Коук**. Однако в русской литературе этот правовед почему-то называется Коком. Я решил возвратиться к тому произношению его имени, которое было принято при его жизни.



1634). В предисловии к девятой части своих «Reports», напечатанных в 1613 году, он — в то время Главный судья Суда Общих Тяжб — отмечал, что парламент, выступающий в качестве высшего суда Английского королевства, «является частью структуры, установленной нормами common law, и в некоторых случаях действует законным образом согласно обыкновенному порядку common law»<sup>25</sup>. В решении по делу доктора Томаса Бонхэма (*Thomas Bonham*), рассмотренном в 1610 году, Эдуард Кук заявил: «Наши книги показывают, что во многих судебных делах Common Law превалирует над Актами Парламента и иногда заставляет признать их недействительными: так как в случае, когда Акт Парламента противоречит выраженным в Common Law субъективному праву и разуму, или несовместим с ними, или его невозможно исполнить, Common Law превалирует над ним и такой Акт должен быть признан недействительным»<sup>26</sup>.

Взгляд на common law как на юридический фундамент государственного строя был связан с доминировавшим среди английских правоведов и политических деятелей начала XVII века представлением о нем как совокупности норм, основанных на разуме (reason). При этом в качестве основы common law ими предполагался не природный, а искусственный разум.

Идею о том, что common law Англии базируется именно на искусственном разуме, проводил, в частности, правовед Джон Доддеридж (*John Dodderidge*, 1555–1628). «Эффективным основанием норм, мотивов и аксиом, — писал он в своей [24] книге «The English Lawyer (Английский юрист)», — является свет естественного разума, испытанного и просеянного дискуссией и аргументацией. И отсюда оказывается, что право (как это было объявлено прежде) называется

---

<sup>25</sup> «This Court, being the most supream Court of this Realm, is a part of the frame of the Common Laws, and in some Cases doth proceed legally according to the ordinary course of the Common Law» (*Coke E. Part Nine of the Reports // The selected writings and speeches of Sir Edward Coke. Vol. 1 / Edited by Steve Sheppard. Indianapolis, 2003. P. 292*).

<sup>26</sup> «It appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth control Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will control it, and adjudge such Act to be void» (*Coke E. Part Eight of the Reports // The selected writings and speeches of Sir Edward Coke / Edited by Steve Sheppard. Indianapolis, 2003. Vol. 1. P. 275*).

разумом; не тем разумом, который каждый человек носит в себе, но искусственным разумом; таким разумом, который посредством ума, обучения и долговременной практики становится искусным в делах людей...»<sup>27</sup>.

Из приведенных слов видно, что с точки зрения Дж. Доддериджа искусственный разум, составляющий основание *common law*, таился в разуме естественном, откуда он извлекался в результате теоретической и практической работы профессиональных юристов. В свою очередь, истоки естественного разума Дж. Доддеридж усматривал в законах природы и в общих обычаях Английского королевства<sup>28</sup>.

Данную трактовку он, возможно, заимствовал из произведения английского барристера Кристофера Сэнт-Германа (*Christopher Saint-German*, около 1460–1540) «Доктор и студент, или Диалоги между доктором теологии и студентом, изучающим право Англии», которое было написано в 1518 году. В нем говорилось, в частности, что «первое основание права Англии составляет право разума»<sup>29</sup>, которое существует как «в этом королевстве, так и во всех других королевствах». Под разумом в данном случае понимался именно естественный разум, неизменный и связанный с законами природы. К. Сэнт-Герман выделял в праве разума две степени: «право разума первичного (*the law of reason primary*)», устанавливавшее основополагающие нормы человеческого общества (запреты на убийство, лжесвидетельство, обман, нарушение

---

<sup>27</sup> «The efficient cause of Rules, Grounds, and Axiomes is the light of naturall reason tried and sifted upon disputation and argument. And hence is it, that the Law (as hath bin before declared) is called reason; not for that every man can comprehend the same; but it is artificiall reason; the reason of such, as by their wisdom, learning, and long experiences are skilfull in the affaires of men...» (*Dodderidge J. The English Lawyer. Describing a method for the managing of the Lawes of this Land. And expressing the best qualities requisite in the Student Practizer Judges and Fathers of the same*. London, 1631. P. 242).

<sup>28</sup> «A Rule or Principle of the Law of England, is a Conclusion either of the Law of Nature, or derived from some generall custome used within the Realme, containing in a short summe the reason and direction of many particular and speciall occurrences» (*ibid.* P. 153–154).

<sup>29</sup> «The first ground of the law of England is the law of reason» (*Saint-German Ch. The doctor and Student, or Dialogues between a doctor of divinity and a student in the laws of England, containing the grounds of those laws, together with questions and cases concerning the equity thereof* / Revised and corrected by William Muchall. Cincinnati, 1874. P. 12).

мира и т. п.), и «право разума вторичного (the law of reason secondary)», которое, в свою очередь, делил на «право вторичного разума общее» и «партикулярное»<sup>30</sup>. По словам К. Сэнт-Германа, «право разума вторичного общее основывается и происходит из common law, или общего обычая собственности»<sup>31</sup>, поскольку «право собственности обыкновенно охраняется во [25] всех странах», «право вторичного разума партикулярное составляет право, которое происходит от различных общих и партикулярных обычаев и от различных правил поведения и статутов, предписанных в этом королевстве»<sup>32</sup>.

Дж. Доддеридж вполне мог исходить в своем объяснении сущности common law Англии из приведенных теоретических построений К. Сэнт-Германа. Но даже если это действительно так и было, то нельзя не признать, что характерная для английского правоведа конца XV – начала XVI века трактовка обычного права как источника естественного разума играла в теории английского правоведа начала XVII века подчиненную роль. В отличие от К. Сэнт-Германа, Дж. Доддеридж смотрел на естественный разум как на сырьевой материал, из которого профессиональные юристы получают с помощью специальных приемов разум искусственный, составляющий, по его мнению, настоящее основание common law.

С искусственным разумом связывал common law Англии и правовед Э. Кук. В первой части своих «Институтов», опубликованной впервые в 1608 году, он писал о том, что «разум есть жизнь права, более того, common law само по себе есть не что иное, как разум, добытый долгим изучением, наблюдением и опытом, а не естественным разумом каждого человека, так как nemo nascitur artifex (никто не рождается ремесленником). Этот правовой разум est summa ratio (является высшим разумом). И поэтому, если весь разум, рассеянный по многим различным головам, соединить воедино, разве не может он создать такое право, как право Англии, так как посредством длинной череды столетий он был улучшен и усовершенствован множеством

---

<sup>30</sup> Ibid. P. 12–13.

<sup>31</sup> «The law of a secondary reason general is grounded and derived of the general law, or general custom of property» (ibid. P. 13).

<sup>32</sup> «The law of reason secondary particular is the law that is derived of divers customs general and particular, and of divers maxims and statutes ordained in this realm» (ibid).

авторитетных и ученых людей, и через долговременный опыт достиг такого совершенства для управления этим королевством, что этим можно справедливо подтвердить старинное правило “Neminem oportet esse sapientiores legibus”: “Ни один человек не способен (своим собственным частным разумом) быть умнее, чем право, которое есть совершенство разума”»<sup>33</sup>.

[26] По мнению Э. Кука, присущий common law искусственный разум не мог воплощаться в парламентских актах, поскольку парламент является органом, представляющим лишь поколения, живущие в то время, когда он собирается. Исходя из этого представления, английский правовед и делал вывод о том, что common law Англии превалирует над актами английского парламента.

Вместе с тем трактовка common law как права, базирующегося на искусственном, а не на естественном разуме, давала Э. Куку возможность обоснованно возражать и против присвоения королем судебных полномочий.

В 1607 году на конференции королевских судей и членов Тайного совета между королем Яковом I и Э. Куком возник спор по вопросу о том, имеет ли король правомочие самолично решать дела в судах common law. Яков I говорил, что он обладает таким правомочием, поскольку право, как ему думается, основано на разуме, а он и другие люди обладают разумом в такой же мере, как и судьи. Э. Кук отвечал на это, что Бог действительно одарил его величество блестящими знаниями и великими природными талантами, «однако его величество не учен в законах своего Английского королевства и в делах, которые

---

<sup>33</sup> «Reason is the life of the Law, nay the common Law it selfe is nothing else but reason, which is to be understood of an artificiall perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every man's naturall reason, for, Nemo nascitur artifex. This legall reason, est summa ratio. And therefore if all the reason that is dispersed into so many severall heads were united into one, yet could he not make such a Law as the Law of England is, because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such a perfection, for the government of this Realme, as the old rule may be justly verified of it, Neminem oportet esse sapientiores legibus: No man (out of his owne private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason» (Coke E. The First Part of the Institutes of the Lawes of England: Or A Commentary upon Littleton, Not the name of the Author only, but of the Law it selfe // The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke. Vol. 2 / Edited by Steve Sheppard. Indianapolis, 2003. P. 701).

касаются жизни, или наследования, или вещей, или благосостояния своих подданных; они не должны решаться с помощью естественного разума, но лишь посредством искусственного разума и судебного решения по закону, который представляет собой акт, требующий долговременного изучения и опыта прежде, чем человек сможет достичь его знания»<sup>34</sup>.

В отличие от Дж. Доддериджа, усматривавшего непосредственные истоки искусственного разума в разуме естественном, Э. Кук считал, что искусственный разум необходимо искать в традиционном юридическом быте английского общества – в его обычаях. В первой части своих «Институций» – «Комментариях на Литтлетона» – он отмечал, что право Англии делится на три части, и называл в числе этих частей: 1) «Common Law, которое является самым общим и древним правом королевства»<sup>35</sup>, 2) «Статуты или Акты Парламента»<sup>36</sup>, 3) «партикулярные Обычай»<sup>37</sup>. При этом Э. Кук особо подчеркивал, что употребил в данном случае [27] определение «партикулярные» потому, что если обычай королевства выступает в качестве «общего обычая королевства, он является частью Common Law»<sup>38</sup>.

Сходный с воззрениями правоведа Э. Кука взгляд на common law высказывал в 1610 году в одной из своих парламентских речей Т. Хедлей. Он объявлял сущностью данного права искусственный разум, воплощающийся в обычае, или, говоря его собственными словами, «квинтэссенцию разума – разум, испытанный и признанный

---

<sup>34</sup> «But his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by naturall reason but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it» (*Coke E. Part Twelve of the Reports // The selected writings and speeches of Sir Edward Coke. Vol. 1. P. 478*).

<sup>35</sup> «The Common Law, which is the most generall and ancient Law of the Realms» (*Coke E. The First Part of the Institutes of the Lawes of England: Or A Commentary upon Littleton, Not the name of the Author only, but of the Law it selfe. P. 711*).

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> «I say particular, for if it be the generall Custome of the Realme, it is part of the Common Law» (Ibid.).

мудростью времени»<sup>39</sup>. В соответствии с этим Т. Хедлей давал следующее определение common law: «Common law – это разумный обычай, действующий во всем королевстве, испытанный временем, запечатленный в записи королевского суда, обладающего юрисдикцией по всему королевству, призванный нести добро и выгоду для государства»<sup>40</sup>.

Таким образом, Т. Хедлей, так же как и Э. Кук, мыслил common law в качестве феномена, соединяющего в себе искусственный разум и обычай. Однако, если Э. Кук представлял обычай, составлявший ядро common law, неизменным, то по мнению Т. Хедлея данный обычай должен был меняться с течением времени.

Близкой к воззрению Т. Хедлея на common law была точка зрения на него правоведа Джона Дэвиса (*John Davies, 1569–1626*)<sup>41</sup>. «Common law Англии, – писал Дж. Дэвис в 1615 году, – есть не что иное, как общий обычай королевства... И это обычное право является наиболее совершенным и самым превосходным и, без сравнения, лучшим для того, чтобы создавать и сохранять государство. Ибо писанные законы, созданные эдиктами монархов, или государственными советами, налагаются на подданного до того, как осуществлены какая-либо судебная процедура или испытание, и до того, как эти законы покажут себя подходящими и соответствующими природе и характеру народа, или будут вызывать неудобства. Однако обычай никогда не становится законом, обязывающим народ, до тех пор, пока он не будет испытан и проверен мудростью времени, и поэтому в течение всего этого времени он не порождает никакого неудобства: так как если в какое-либо время оно обнаружится, он не будет более применяться, но

---

<sup>39</sup> «The quintessence of reason – reason tried and allowed by the wisdom of time for many ages together to be good and profitable for the commonwealth» (Proceedings in Parliament, 1610. Vol. 2. P. 174).

<sup>40</sup> «The common law is a reasonable usage, throughout the whole realm, approved time out of mind in the king's court of record which have jurisdiction over the whole kingdom, to be good and profitable for the commonwealth» (Ibid. P. 175).

<sup>41</sup> В 1603–1606 гг. Дж. Дэвис занимал должность генерального солиситора (solicitor-general), в 1606–1619 гг. он был генеральным атторнеем (attorney-general) по Ирландии.

его действие прервется, и он соответственно утратит достоинство и силу закона»<sup>42</sup>.

[28] Приведенная трактовка common law как права обычного давала Дж. Дэвису основание для придания ему высшей юридической силы по отношению к актам английского парламента. «Когда наши парламенты, — отмечал он, — исправляли или изменяли какие-либо фундаментальные особенности common law, эти исправления оказывались на практике столь неудобными для государства, что common law на деле опять восстанавливалось в тех же самых особенностях в последующие века посредством других парламентских актов»<sup>43</sup>.

Подобно Т. Хедлею, Дж. Дэвис считал обычай, составлявший содержание общего права, воплощением искусственного разума, и признавал необходимость его изменения с течением времени.

Современный английский историк Гленн Бёргесс, проанализировав взгляды Э. Кука, Т. Хедлея и Дж. Дэвиса на common law, пришел к выводу о том, что последним словом в своей концепции этого права они считали не обычай, а разум, поскольку были убеждены, что «никакой обычай не мог сделать закон действительным, если он находился в конфликте с разумом; обычай был средством открытия рациональных принципов, или аксиом, а не альтернативы им»<sup>44</sup>. На самом деле,

---

<sup>42</sup> «The common law of England is nothing else but the common custom of the realm... And this customary law is the most perfect and most excellent, and without comparison the best to make and preserve a commonwealth. For the written laws which are made either by the edicts of princes, or by councils of state, are imposed upon the subject before any trial or probation [is] made, whether the same be fit and agreeable to the nature and disposition of the people, or whether they will breed any inconvenience or not. But a custom does never become a law to bind the people until it has been tried and approved time out of mind, during all which time there did thereby arise no inconvenience: for if it had been found inconvenient at any time, it had been used no longer, but had been interrupted, and consequently it had lost the virtue and force of a law» (*Davies J. Le Primer Report des Cases et Matters en Ley Resolues et Adjudges en les Courts del Roy en Ireland // Divine right and democracy. An Anthology of political Writing in Stuart England / Edited by D. Wootton. London, 1986. P. 131*).

<sup>43</sup> «When our parliaments have altered or changed any fundamental points of the common law, those alterations have been found by experience to be inconvenient for the commonwealth, as that the common law has in effect been restored again, in the same points, by other acts of parliament in succeeding ages» (*ibid.* P. 132).

<sup>44</sup> *Burgess G. The Politics of the Ancient Constitution. An Introduction to English Political Thought, 1603–1642. London, 1992. P. 53.*

определить, какому из двух элементов общего права — разуму или обычаю — названные правоведы придавали большее значение, совершенно невозможно. Основой английского общего права они считали, с одной стороны, лишь тот разум, который воплощался в обычае, а с другой стороны, только такой обычай, который нес в себе разумные правила поведения. Не случайно Т. Хедлей называл это право «разумным обычаем (reasonable custom)».

Привязывая разум, рассматривавшийся в качестве основополагающего элемента common law, к обычаю, который всегда является в силу самой своей природы творением не одного какого-либо человека, но многих людских поколений, английские правоведы создавали тем самым доктринальные предпосылки для [29] трактовки английского common law как совокупности принципов и норм, возникшей и развивающейся независимо от верховной государственной власти. В свою очередь, именно стремление представить common law в качестве самодовлеющей правовой системы — явления, над которым нет суверена — побуждало английских правоведов первых десятилетий XVII века описывать его в понятиях искусственного разума и обычая. Очевидно, что такое описание было слишком умозрительным, оно не отражало подлинной истории возникновения и развития common law и не раскрывало истинной его сущности. С этой точки зрения английские правоведы выступали в своих высказываниях, посвященных common law, в большей степени как **идеологи**, нежели **ученые**.

Эта оценка особенно справедлива, на мой взгляд, по отношению к Э. Куку. Как уже говорилось, этот правовед старался провести в своих произведениях мысль о том, что разумные обычаи, составившие основу common law, установились в незапамятные времена и с тех пор на всем протяжении истории Англии оставались неизменными. Провозглашая эту мысль Э. Кук ссылался на слова Джона Фортеस्कью (*John Fortescue*, ок.1390–1400 – после 1476), высказанные им в семнадцатой главе книги «*De Laudibus Legum Angliæ* (Похвала законам Англии)». Отметив, что Английское королевство было в первый раз заселено бриттами (*Britons*), Дж. Фортеस्कью сообщал далее, что впоследствии оно управлялось римлянами, потом опять бриттами, за ними королевством владели саксонцы, после саксонцев — датчане и наконец, пришли нормандцы, чьи потомки управляют Англией и по настоящее время. «В течение



всего этого времени, в которое доминировали несколько народов и их короли, — продолжал свою высказывание Дж. Фортеस्कью, — *Англия управлялась тем не менее теми же самыми обычаями, какие действуют в настоящем*»<sup>45</sup>. Мысль о неизменности обычаев, составлявших содержание общего права, совсем не выражала истинного убеждения Э. Кука. Он неоднократно писал в своих произведениях об английском общем праве как о результате деятельности множества «авторитетных и ученых людей», которые на протяжении «длинной череды столетий» улучшали и совершенствовали его<sup>46</sup>. Такое представление явно подразумевало именно изменчивость common law.

О том, что английское common law на протяжении столетий постоянно менялось, писали во времена Э. Кука многие правоведы. Так, в 1616 году Джон Селден (*John [30] Selden, 1584–1654*) обращал на это внимание в своих «Заметках на “Похвалу законам Англии” Сэра Джона Фортеस्कью (*Notes on Sir John Fortescue De Laudibns Legum Angliae*)”». Об английском common law как постоянно развивавшемся явлении Дж. Селден писал и в других своих работах<sup>47</sup>. Такое отношение к common law демонстрировало большинство английских правоведов XVII века.

Но несмотря на это Э. Кук настойчиво повторял мысль о неизменном состоянии common law. Очевидно, что он сознательно искажал истинную суть данного явления.

Подобным же образом Э. Кук искажал и саму его историю. В предисловии ко второй части своих «Reports» он писал об английском common law, что из всех правовых систем оно является правом «наиболее пригодным и наиболее определенным, величайшей древности»<sup>48</sup>. В предисловии же к третьей части «Reports» он утверждал, что, по его мнению, «достаточно доказано, что законы Англии обладают

---

<sup>45</sup> *Fortescue J. Commendation of the Laws of England / Translation into English of “De Laudibus Legum Angliæ” by Francis Grigor. London, 1917. P. 27.* Э. Кук цитирует приведенное высказывание Дж. Фортеस्कью в предисловии к шестой части своих «Reports». См.: *Coke E. Part six of the Reports // The selected writings and speeches of Sir Edward Coke. Vol. 1. P. 150–151.* См. также: *Coke E. Part Three of the Reports // Ibid. P. 68.*

<sup>46</sup> См.: *Coke E. The First Part of the Institutes of the Lawes of England // The selected writings and speeches of Sir Edward Coke. Vol. 2. P. 701.*

<sup>47</sup> См. об этом: *Burgess G. The Politics of the Ancient Constitution. P. 63–67.*

<sup>48</sup> *Coke E. Part Two of the Reports // The selected writings and speeches of Sir Edward Coke. Vol. 1. P. 39.*

намного большей древностью, чем та, о которой сообщается, и которой обладают конституции или имперские законы римских императоров»<sup>49</sup>. Э. Кук не мог не понимать, что допускает в данном случае слишком большое преувеличение. Почему же тогда он искажал истину?

Позиция Э. Кука и других английских правоведов первых десятилетий XVII века, создававших в своих произведениях искаженное представление об истории и сущности common law – своего рода миф common law – может быть объяснена только в том случае, если будет принято во внимание их стремление придать common law Англии конституционное значение.

В условиях, когда в английском обществе отсутствовало то, что в настоящее время называется публичным правом, то есть система правовых норм, в которых четко определяются прерогативы королевской власти, полномочия парламента и других государственных органов, common law становилось главным инструментом защиты индивидов от произвола государственной власти. В рамках common law существовали принципы и нормы, закреплявшие гарантии личной и имущественной неприкосновенности английских подданных. Наиболее известные и авторитетные среди них содержались в «Великой Хартии Вольностей» – в статуте, нормы которого считались неотъемлемой частью common law. Э. Кук называл этот документ декларацией «главных оснований фундаментальных законов Англии»<sup>50</sup>.

[31] Для того, чтобы общее право могло эффективно выполнять функцию защиты английских подданных от произвола государственной власти, необходимо было предотвратить такое вмешательство короля и парламента в сферу этого права, которое приводило бы к разрушению его основополагающих принципов и норм. Этой задаче и был призван служить созданный английскими правоведами миф о том, что common law является по своей сущности обычным правом, что оно

---

<sup>49</sup> «I think it is sufficiently proved that the lawes of England are of much greater antiquity than they are reported to be, & than any the Constitutions or Lawes imperiall of Roman Emperors» (Coke E. Part Three of the Reports // The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke. Vol. 1. P. 66).

<sup>50</sup> «It was for the most part declaratory of the principall grounds of the fundamentall Laws of England» (Coke E. Second part of the Institutes // The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke. Vol. 2. P. 748).

возникло до нормандского завоевания, а развивалось и функционировало исключительно благодаря усилиям профессиональных юристов, а не королей.

Конституционное значение английского common law выразалось, таким образом, преимущественно в том, что его принципами и нормами очерчивалась сфера общественной жизни, в которую королевская власть вмешиваться не могла.

Любопытно, что границы такой сферы являлись в значительной степени неопределенными. Но эта их неопределенность имела свой смысл. Если бы все права и свободы английских подданных были четко определены, то у королевской власти имелось бы больше легальных возможностей для произвольных действий. Крепость, построенная на границе какого-либо государства, может быть в высшей степени неприступной, но это совсем не означает, что она надежно охраняет территорию этого государства. Для вторжения в его пределы совсем необязательно брать крепость штурмом, вполне возможно просто обойти ее стороной.