

Д. Ю. Полдников

ИНСТИТУТ ДОГОВОРА

в правовой науке
Западной Европы
XI–XVIII веков

Учебное пособие



Дмитрий Полдников

**Институт договора в правовой
науке Западной Европы XI–
XVIII веков. Учебное пособие**

«Высшая Школа Экономики (ВШЭ)»

2013

Полдников Д. Ю.

Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. Учебное пособие / Д. Ю. Полдников — «Высшая Школа Экономики (ВШЭ)», 2013

[<p id=" __GoBack">](#)Настоящее пособие посвящено становлению и развитию института гражданско-правового договора в научном наследии ведущих правовых школ Западной Европы XI–XVIII вв. – глоссаторов, канонистов, комментаторов, правоведов-гуманистов, сторонников доктрины «современного использования Пандект» и нового естественного права. Учение о понятии договора, порядке его заключения, условиях действительности, разновидностях, основных принципах и месте в системе права рассматривается в контексте общеевропейской правовой традиции (*ius commune*) с учетом важнейших идеологических и методологических установок западноевропейской правовой науки с момента ее зарождения в конце XI в. и вплоть до первых кодификаций гражданского права Баварии, Пруссии, Австрии и Франции. Для углубленного изучения и преподавания истории учения о гражданско-правовом договоре и методологии правовой науки Средних веков и Нового времени на юридических факультетах.

© Полдников Д. Ю., 2013

© Высшая Школа Экономики
(ВШЭ), 2013

Содержание

Предисловие	6
Список использованных сокращений	10
Пояснения	11
Глава 1. Феномен <i>ius commune</i> в правовой науке и праве Западной Европы XI–XVIII вв.	12
1.1. Особенности западной традиции права	13
1.2. <i>Ius commune</i> как общее право континентальной Европы XIII–XVIII вв.	17
1.3. Рецепция римского права, становление и упадок <i>ius commune</i>	22
1.4. Вехи развития института договора в XI–XVIII вв.	29
1.5. Экскурс: научная доктрина <i>ius commune</i> как источник права в средневековой Западной Европе	36
Контрольные вопросы	42
Литература	42
Глава 2. Становление института договора в учении болонских глоссаторов	44
2.1. Общая характеристика Болонской школы	44
2.1.1. Упадок права в раннее Средневековье	44
2.1.2. Понятие университета и <i>studium generale</i>	46
2.1.3. Причины возникновения Болонской школы	47
2.1.4. Вехи истории Болонской школы	48
2.1.5. Организация	50
2.1.6. Учебный процесс	51
2.2. Схоластический метод толкования болонских глоссаторов	54
2.2.1. Диалектика как метод толкования	54
2.2.2. Учение о понятии	55
2.2.3. Учение о категориях	57
2.2.4. Деление	58
2.2.5. Определение	61
2.3. Научное наследие болонских глоссаторов	64
2.3.1. Понятие глоссы	64
2.3.2. Методика чтения лекций	64
Конец ознакомительного фрагмента.	65

Дмитрий Полдников
Институт договора в правовой
науке Западной Европы XI–
XVIII веков. Учебное пособие

© Полдников Д.Ю., 2013

© Оформление. Издательский дом Высшей школы экономики, 2013

Все права защищены. Никакая часть электронной версии этой книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме и какими бы то ни было средствами, включая размещение в сети Интернет и в корпоративных сетях, для частного и публичного использования без письменного разрешения владельца авторских прав.

Предисловие

Настоящее учебное пособие предназначено для углубленного изучения историко-правовых аспектов формирования института договора в правовой науке Западной Европы в Средние века и Новое время (XI–XVIII вв.). В нем раскрывается ряд вопросов, связанных с развитием договорного права – важнейшей подотрасли частного права, – которые, несмотря на значимость, поверхностно освещены в имеющейся учебной и научной литературе на русском языке.

Основная масса учебников и учебных пособий по истории государства и права зарубежных стран ориентирована на широкий охват этапов формирования и эволюции институтов государства и права с Древних времен до современности. Объемный материал и широкие хронологические рамки ведут к тому, что в подобных публикациях находят отражение лишь важнейшие этапы и закономерности в развитии институтов зарубежного государства и права. Такой подход, несомненно, формирует представление об основных тенденциях развития права, необходимое каждому образованному юристу. Однако его оборотной стороной является «выпадение» деталей исторического развития отдельных институтов зарубежного права.

Между тем правовая наука издревле была и до сих пор остается одной из наиболее консервативных отраслей человеческого знания. Особенно это касается науки частного права (цивилистики). Естественные (точные) науки порвали с античной и средневековой традицией еще на заре Нового времени, в эпоху научной революции XVI–XVIII вв., вооружившей европейских ученых качественно новой математической и экспериментальной методологией познания. Большинство общественных наук также дистанцировались от «преданий старины глубокой», подражая естественным (точным) наукам. В начале XX в. идею дистанции между современным и античным миром Макс Вебер выразил в следующих словах: *«нас с нашими современными социальными проблемами древняя история ничему не научит или научит весьма немногому. Современный пролетарий и античный раб так же мало поняли бы друг друга, как европеец и китаец. Наши проблемы совершенно другого рода»*¹.

В этом отношении наука частного права поражает своей традиционностью на всем протяжении своего существования. Еще правоведы Древнего Рима, по-видимому, первые профессиональные юристы в истории человечества, стремились «состарить» свою науку и вывести все римское право из Законов XII Таблиц – первой записи древнеримского обычного права 450 г. до н. э., формально действовавшей вплоть до составления Свода гражданского права Юстиниана в середине VI в. н. э., т. е. более тысячи лет назад! Традиционализм считается одним из важнейших неписаных принципов римской юриспруденции (Ф. Шульц), который во многом предопределил ее целостность, жизнеспособность и плодотворность.

Возрождение правовой науки в Северной Италии в конце XI в. привело к появлению традиции комментариев к Своду Юстиниана. Именно благодаря ей в странах Западной Европы постепенно получило распространение научно разработанное «общеевропейское право» (*ius commune*), объединенное общностью толкуемых источников, языка, терминологии и основных правовых институтов. Это единство также скрепляло следование авторитетным мнениям ведущих правоведов. Оно оказалось достаточно прочным, чтобы просуществовать вплоть до составления кодексов национального гражданского права в конце XVIII – начале XIX в. (в Германии – до 1900 г.), и достаточно авторитетным, чтобы повлиять на эти кодексы и сохранить значение общей интеллектуальной основы гражданского права стран романо-германской правовой семьи.

¹ Вебер М. Избранное. Образ общества. М.: Юрист, 1994. С. 448.

Именно непрерывная традиция комментирования Свода гражданского права позволяет говорить о преемственности в развитии европейского частного права. Дигесты, Кодекс и Институции Юстиниана стали основой общей теории гражданского права в странах романо-германской правовой семьи, в том числе и в России, где курс римского частного права преподается как введение в до сих пор не написанную теорию современного гражданского права.

Впрочем, традиционализм свойствен не только цивилистической науке стран романо-германской правовой семьи. Обычное право (например, у германских племен раннего Средневековья) также по определению является древним, действующим с незапамятных времен далеких предков и таким образом защищенным от поспешных модификаций. Англосаксонское общее право (*common law*) представляет собой еще один пример традиционности права. Английские юристы гордятся возможностью ссылаться в суде на прецеденты и статуты вековой давности (например, на ст. 39 Великой хартии вольностей 1215 г., закрепляющую основные гарантии прав личности).

Однако традиционность не всегда предполагает глубокое знание и уважительное отношение к истории права. Так, в Древнем Риме знатоки права, признавая авторитет Законов XII Таблиц, без сожалений предавали забвению их устаревшие положения. Первые средневековые правоведы обращались к Дигестам Юстиниана, как будто данный памятник VI в. действовал во все времена и во всем христианском мире. Даже представители течения современного римского права повторяли высказывания римских и средневековых предшественников, если они не противоречили новым условиям. Примеры же пристального внимания правоведов к истории права, какой она была на самом деле, крайне редки и, по сути, связаны с академическим интересом отдельных представителей гуманистического правоведения XVI в., современного римского права и, разумеется, исторической школы права XIX в.

В то же время невнимание правоведов-догматиков к истории права не исключает влияния истории на их правовые теории, даже в том случае, если оно не осознается или не признается самими юристами. Историко-правовая наука призвана выявлять и объяснять данное влияние, а также выражать его в соответствующих закономерностях.

Выявление закономерности – одна из сложнейших задач истории права. Последняя, являясь идеографической наукой, имеет дело с не повторяющимися единообразными явлениями, но с бесконечным многообразием уникальных событий и фактов. Однако это многообразие не исключает взаимосвязей правовых институтов и взаимовлияния представителей разных школ в рамках общей культурной традиции.

Чтобы выявить такие точки пересечения на протяжении длительного исторического периода, имеет смысл сконцентрироваться на узком предмете. Данное пособие призвано помочь читателю взглянуть «вглубь» истории одного института – гражданско-правового договора.

Изучение института договора представляется актуальным в силу ряда причин. Прежде всего договорное право было и остается одним из столпов частного права Древнего Рима и всех последующих государств Европы, поскольку служит субъектам права одним из наиболее удобных правовых средств регулирования отношений по обмену имущественными благами, работами и услугами. Ввиду важности договоров, они привлекали внимание представителей всех ведущих правовых школ Западной Европы, начиная с возрождения правовой науки в конце XI в. Следовательно, договорные доктрины дают репрезентативный материал, иллюстрирующий основные этапы и тенденции развития западноевропейской юридической науки.

Изучая историю права Западной Европы Средних веков и Нового времени, целесообразно различать правовую науку и практическую юриспруденцию. *Правовая наука*, или правоведение, обозначает теоретическую науку о праве, зародившуюся именно в Болонской школе. *Практическая юриспруденция* со времен Древнего Рима служила для формулирования правил (норм), применимых при разрешении конкретных правовых споров. В средневековой

Западной Европе связь теоретической науки и практической юриспруденции нашла выражение в концепции научной доктрины (общего мнения докторов права). Последняя представляла собой адаптированные для правоприменительной деятельности теоретические концепции науки о праве (см. разд. 1.5).

Выбранные хронологические рамки учебного пособия (XI–XVIII вв.) в целом охватывают период возникновения, развития и распада «общеевропейского права» (*ius commune*) в странах Западной Европы.

В качестве основного объекта изучения выбрана доктрина договорного права, точнее общие положения о договорах, поскольку рассмотреть все правила договорного права в рамках одного пособия не представляется возможным. Внимание к научной доктрине объясняется тем, что в условиях раздробленности территорий и власти научная доктрина *ius commune* не только служила единственной объединяющей правовой силой в западноевропейском обществе, но и воспринималась как источник действующего права. По мере распространения *ius commune* в Европе «общее мнение докторов права» (*communis opinio doctorum*) все чаще учитывалось судами при разрешении имущественных споров. Раньше всего это произошло в Северной Италии – колыбели средневековой юриспруденции, где уже с XIII в. бытовало несколько поговорок на сей счет: «Чего не признает Глосса (Аккурсия), того не признает суд», «У кого нет (комментария) Ацо, тот не ходит в суд», «Не юрист, если не бартолист (последователь комментатора Бартола)» (с XIV в.) и т. д.

Научная доктрина («право ученых») сохраняла ведущую роль в развитии западноевропейского частного права вплоть до кодификаций гражданского права, после чего отошла на третий план, уступив первенство законодательной и судебной властям буржуазных государств XIX в. Однако вплоть до наших дней она продолжает оказывать косвенное влияние и на законодателя, и на судебную практику через консультирование по наиболее сложным правовым вопросам.

Структура пособия предполагает освещение развития договорной доктрины в хронологической последовательности – по столетиям. Договорная доктрина рассматривается как неотъемлемая часть юриспруденции той или иной эпохи. Поэтому изложение основных положений договорной доктрины предваряется общей характеристикой условий развития юриспруденции, а также идейных и методологических установок правоведов.

В отечественной научной и учебной литературе развитие западноевропейской правовой доктрины в XI–XVIII вв., как правило, освещается схематично. Вплоть до настоящего времени учащимся рекомендуют дореволюционные работы С. А. Муромцева и П. Г. Виноградова о судьбе римского права в средневековой Европе, а также редкие переводные издания зарубежных авторов (Г. Дж. Берман, Э. Аннерс и др.), которые дают лишь общие и в значительной мере устаревшие сведения по данной проблематике. Отсутствие современной специализированной литературы препятствует более подробному рассмотрению проблем развития права в Европе в Средние века и Новое время и сужает представления о конкретном содержании исторической основы частного права и правовой культуры стран романо-германской правовой семьи.

Настоящее учебное пособие призвано восполнить указанный пробел в отечественной учебной и научной литературе. Оно является результатом авторских исследований широкого круга первоисточников и знакомства с актуальными зарубежными публикациями, содержит конкретный исторический материал, иллюстрирующий развитие доктрины частного права в Западной Европе, формирование теоретических представлений о договорном праве, формирование схоластического типа правопонимания, взаимосвязь развития правовой доктрины, общенаучной идеологии и методологии, правовой политики.

Оригинальность настоящего учебного пособия заключается также в том, что оно содержит комплексную, многоаспектную реконструкцию процесса формирования правовой науки и договорной доктрины в Западной Европе, а потому может быть использовано для углубленной

подготовке по таким учебным дисциплинам, как «История государства и права зарубежных стран» (рецепция римского права и формирование национальных правопорядков в Западной Европе), «Римское право» (в части рецепции римского права в Западной Европе), «История и методология юридической науки» и «Философия права» (вопросы формирования типов правопонимания, истории методологии юридической науки), «Введение в сравнительное правоведение» (вопросы формирования романо-германской правовой семьи). Данное учебное пособие также может стать основой для специального курса лекций по проблемам формирования основных институтов частного права Западной Европы.

Структура большинства глав настоящего пособия единообразна: сначала описываются общие условия развития права в рассматриваемый период, выделяются основные факторы влияния на эволюцию юриспруденции, затем дается характеристика основных правовых школ с акцентом на их идеологии и методологии, после чего излагаются их договорные теории и доктрины. В конце каждой главы приводятся контрольные вопросы и список рекомендуемой литературы.

Список использованных сокращений

- Aufl. / Ausg. – издание (в ссылках на публикации на немецком языке)
Bd., vol. – том (в зависимости от языка сноски)
C. – Кодекс Юстиниана cap. – глава (в ссылках на публикации на латинском языке)
D. – Дигесты Юстиниана ed. – издание (в ссылках на публикации на английском, итальянском и французском языках) f. (ff.), sg. – далее (в зависимости от языка сноски)
Gai. – Институции Гая
Gl. – Глосса Аккурсия
Inst. – Институции Юстиниана
Lib. – книга (в ссылках на публикации на латинском языке)
MGH (Monumenta Germaniae Historica) Scriptores – «Документы по истории Германии», серия «Средневековые авторы» (одна из серий обширной публикации средневековых источников, связанных с историей германских племен и основанных ими государств за период с конца V по начало XVI в.)
P., S. – страница (в зависимости от языка сноски) pr. (principium) – начало в ссылках на фрагменты источников на латинском языке
ST. – «Сумма теологии» Фомы Аквинского

Пояснения

При ссылках на часть Свода Юстиниана принят следующий академический порядок цитирования:

[буквенное сокращение части Свода: С, D., Inst.]. [номер книги]. [номер титула]. [номер закона]. [номер параграфа (если есть)]. Например, ссылка D. 2.14.17.7 указывает на Дигесты, вторую книгу, 14-й титул, 17-й закон, 7-й параграф.

Нумерация фрагментов дана по современному критическому изданию Свода Юстиниана – *Corpus iuris civilis*. ed. P. Krueger, Th. Mommsen, R. Schoell, G. Kroll. Berlin, 1963.

Правовые, философские и теологические трактаты Античности, Средних веков и Нового времени цитируются с учетом их структуры, сохраняемой в издании на языке оригинала и научных переводах на современные языки, поскольку такой порядок цитирования позволяет найти один и тот же фрагмент и в оригинальном издании, и в его переводе. Общий принцип цитирования совпадает с порядком, принятым для Дигест: от наиболее крупного раздела к самому мелкому, т. е. от номера книги, титула, рубрики к номеру секции, параграфа, диспута или аргумента (в зависимости от конкретного произведения). Например, Аристотель. Никомахова этика. Кн. V. 3 1131 *a* указывает на фрагмент третьей рубрики в пятой книге, обозначенный в научных изданиях номером 1131, секцией *a*.

Глава 1. Феномен *ius commune* в правовой науке и праве Западной Европы XI–XVIII вв.

Европа – не дикорастущий плод, не географическая или природная данность, а результат истории.
Кристофер Доусон, 1935

1.1. Особенности западной традиции права

Право принято считать одной из важнейших составляющих цивилизованных обществ прошлого и настоящего, в значительной мере определяющих их идентичность. Несмотря на нескончаемые споры о критериях цивилизаций, большинство ученых признают существование самостоятельной западной, или атлантической цивилизации, ядро которой составляют страны Западной Европы (включая Британские острова) и Северной Америки.

Главными особенностями западной цивилизации в духовной сфере называют античное культурное наследие, христианство (католическая и протестантская конфессии), разделение духовной и светской власти, социальный плюрализм, представительные органы публичной власти, индивидуализм и, конечно, ведущую роль права.

Некоторые ученые-компаративисты пытаются отстаивать идею всемирного права с едиными историческими корнями, одной общей судьбой и общей целью, едиными ценностями и общими инструментами регулирования отношений между людьми. Но даже такие энтузиасты признают, что всемирное право теряется в многоцветии правовых систем, народы мира не видят и не чувствуют его. Гораздо чаще исследования культурологического и сравнительно-правового характера приводят к выводу о том, что в незападных обществах праву или придают значительно меньшую ценность по сравнению с Западом или, признавая важность права, понимают его иначе. К последней группе относят страны мусульманского мира и Индию, где право понимается прежде всего как идеальная система, поддерживающая и охраняющая общественный порядок. Первую группу образуют страны Дальнего Востока и Африки. «Здесь под сомнение поставлена сама ценность права и большая часть населения живет в соответствии с традициями, мало похожими на право в западном смысле»².

Влияние западной цивилизации на страны, население которых веками было скептически настроено к праву, нередко приводит к принятию законов и иных атрибутов западного права, возникновению правовой науки, сравнительного правоведения и профессионального юридического образования. Но появление внешних атрибутов западного права не означает принятие западных духовных ценностей, заложенных в праве.

Сказанное о современном мире в еще большей степени верно для исторической перспективы. Влияние западной модели права связано прежде всего с технологическим превосходством стран западной цивилизации и их активной колониальной политикой начиная с XVI в. Апогей этого влияния пришелся, по всей видимости, на XIX – первую половину XX в. К этому времени западное право пережило несколько веков непрерывной эволюции, в ходе которой сформировались его основные черты.

Английский историк культуры Кристофер Доусон, отвечая на вопрос «что такое Европа?», пришел к выводу о необходимости искать ответ в эпохе Средневековья: «Средневековый мир – это мир наших не столь далеких предков, мир, из которого мы выросли и который определил наше национальное существование». В развитие тезиса о значении средневековой культуры для современного духовного единства Европы известный американский историк права Гарольд Берман связал возникновение западной традиции права с периодом развития народов Западной Европы конца XI – начала XIII в. Прежде право у этих народов не было четко отграничено от других социальных регуляторов (нравы, традиции, религия, мораль и др.) и видов интеллектуальной деятельности (богословие, ораторское искусство), а также не располагало особым понятийным аппаратом. И только в эпоху зрелого Средневековья, по мнению Бермана, складываются следующие основные черты западной традиции права:

- обособленность права от прочих социальных институтов;

² Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. С. 25–28.

- наличие профессионального слоя людей, занимающихся правовыми институтами;
- необходимость специального образования для профессиональной юридической деятельности;
- существование особой науки о праве, дополняющей и развивающей правовые институты;
- представление о законе как о единой системе, развивающейся во времени;
- способность правовых институтов и науки права к развитию и изменению;
- преемственность изменений;
- превосходство права над публичной властью (силой);
- плюрализм юрисдикций и правовых систем на территории стран западной традиции;
- сложное сочетание эволюции и революционных преобразований в развитии западного права³.

Перечисленные признаки помогают лучше представить значение права как социального регулятора, позволяющего направлять поведение лиц и разрешать межличностные конфликты на основе рациональных процедур с предсказуемым решением. Рациональность и предсказуемость существенно отличают право народов Западной Европы по сравнению с порядками их предков в раннее Средневековье. Схематично разница между правом до и после XII в. представлена в табл. 1.1.

Перечисленные особенности права западноевропейских народов до утверждения его рациональной модели не означают, что первое «хуже» или «примитивнее» по сравнению с последним. Обычное право достаточно долго оказывало эффективное воздействие на общество: до тех пор пока сохранялись традиционный уклад, натуральное хозяйство и вера в деятельное участие богов в повседневной жизни. Подъем городского хозяйства с цеховым производством, развитие отношений экономического обмена между городом и деревней, а также между городами, активизация международной торговли в зрелое Средневековье означали постепенное разрушение прежнего общественного уклада и появление отношений, неурегулированных обычным правом. Неприспособленность традиционного обычного права для регулирования новых, динамичных общественных отношений и наличие альтернативы в виде рационального права профессиональных юристов – наиболее вероятные причины постепенного вытеснения первого вторым.

Таблица 1.1. Сопоставление обычного и рационального права

³ Берман Г. Западная традиция права. М.: Изд-во МГУ, 1994. С. 25–27.

Критерии сравнения	Обычное право	Рациональное право
Понимание права	Стихийный результат жизни конкретного племени	Правила, установленные верховной властью (императором, королем, папой)
Сфера действия	Племенное право; личный закон, определяемый происхождением человека	Территориальное право, общее для всех подчиненных данной юрисдикции
Источники	Устное предание, опыт знатоков права	Писанные правила, истолкованные профессиональным сообществом
Судьи	Опытные члены племени на народном собрании	Профессионалы, получившие специальную единообразную подготовку
Процесс принятия решения	Драматическое обращение к потусторонним силам через ордалии и «оракулов», знатоков племенного права	Логическая процедура квалификации, соотнесения обстоятельств с писаными правилами
Доказательства	Ордалия, иррациональная процедура обращения к божеству	Представление сведений (письменных, устных или вещественных доказательств), которые указывают на обстоятельства, необходимые для единообразного применения писаного правила
Результат	Зависит от исхода ордалии и усмотрения «оракулов»-судей	Предсказуем, так как является следствием применения равной меры к аналогичным делам

Возможность выделить основные признаки западной правовой традиции не означает отсутствия различий между правом отдельных западных обществ. Правовой ландшафт Западной Европы XII–XVIII вв. оставался настолько пестрым, что у историков права есть веские основания усомниться в целесообразности группировки на макроуровне. Действительно, исторически территория Западной Европы разделялась на множество регионов, внутренние связи которых были гораздо сильнее внешних.

Речь идет о таких «субрегионах» Западной Европы, как Южная, Центральная, Северная Европа и Британские острова. Общность Южной, или Средиземноморской, части Западной Европы основывалась на культурном наследии Западной Римской империи и достаточно прочных морских торговых путях. Центральная Европа выделялась благодаря этническому преобладанию германских племен в землях к западу от Рейна (и до славянских территорий на востоке), подвергшихся крайне слабому влиянию романской культуры. Народы Скандинавского полуострова (Северная Европа) в силу географической удаленности вплоть до бурного развития Швеции в XVII в. оставались в стороне от общественно-политической и социально-экономической жизни континентальной Европы. В правовом отношении эта

обособленность до сих пор признается учеными, нередко выделяющими особую семью скандинавского права. Наконец, Британские острова, и прежде всего Англия, на землю которой с 1066 г. не ступала нога иноземного завоевателя, предоставляли благоприятные условия не только для автономного, но и интенсивного (в отличие от Скандинавии) развития общественных отношений, влияние народов европейского континента на которые, несомненно, имело место, но никогда не было определяющим.

Каждый из названных «субрегионов» Западной Европы дробился на еще более мелкие области местного права. К концу рассматриваемого в данном пособии периода количество государственных образований на территории Германии можно сопоставить с числом дней в году, а во Французском королевстве, по словам Вольтера, путешественник вместе с почтовыми лошадьми менял также право.

И все же основное «юридическое» деление Западной Европы с XII в. проходило не между романизованными южными и германизованными северными землями, не между регионами католических и протестантских обществ, а между народами континентальной и островной Западной Европы. Право западной цивилизации с эпохи зрелого Средневековья представлено в мировом масштабе английским общим правом (*common law*) и правом стран континентальной Европы.

С XIX в. и до настоящего времени данное деление предполагает противопоставление право порядков, основанных на прецедентном праве (праве, созданном судьями) и на кодифицированных нормативно-правовых актах (принятых законодательной властью для неукоснительного применения в судах). В дидактических целях последнее группируют в рамках романо-германской правовой семьи, несмотря на сохраняющиеся важные различия право порядков Германии, Франции, Италии, Испании, Нидерландов и других стран этой группы. Английское общее право в результате активной колониальной политики Великобритании в XVIII–XIX вв. распространилось на обширные территории в Северной Америке, Южной Африке, Индии, закрепившись преимущественно в США, Канаде, Австралии и Новой Зеландии (семья общего права).

До эпохи кодификации права XIX в. ситуация была несколько иной. С XII по XVIII в. английскому общему праву на континенте противопоставлялось другое общее право, именуемое латинским термином *ius commune*. Именно о нем пойдет речь в данном пособии.

1.2. *Ius commune* как общее право континентальной Европы XIII–XVIII вв.

Как общеевропейская (континентальная) правовая традиция *ius commune* представляет наибольший интерес для изучения истории европейского частного права. Именно в указанном значении оно охватывает богатейшую историю постепенного применения теоретической правовой системы («права ученых») в юридической (судебной, нотариальной, деловой и т. д.) практике большинства стран Западной Европы.

Такое «историческое» *ius commune* (ит. *diritto commune*, исп. *derecho común*, фр. *droit commune*, нем. *Gemeines Recht*) – результат сочетания в разных пропорциях (в зависимости от времени и региона) местных обычаев, римского, канонического, а также в меньшей степени феодального и торгового права. Его важнейшая заслуга заключается в глубокой трансформации местного, территориального права по всей Европе, за известным исключением Английского королевства, на правовую систему которого *ius commune* не оказало существенного влияния.

Формирование «исторического» *ius commune* (общеевропейской правовой традиции) растянулось на несколько столетий с момента возрождения юридической науки в Болонской школе глоссаторов и вплоть до утверждения национальных правопорядков в конце XVIII–XIX вв. Достоверная реконструкция данного процесса представляет собой одну из наиболее сложных проблем изучения западноевропейского права XI–XVIII вв. Зачастую в научной литературе ее изучают в связи с рецепцией римского (цивильного) права как основного компонента *ius commune*.

Понятие *ius commune* определить непросто. Во-первых, словосочетание «общее право» имеет длительную историю употребления; во-вторых, в своем главном значении «общее право» обозначает крайне сложное, многоаспектное явление, о чем и пойдет речь в настоящем разделе.

Латинское словосочетание *ius commune* использовалось уже древнеримскими юристами. Однако даже в языке знатоков права классического периода, славившихся четкостью формулировок, оно оставалось описательным словосочетанием, а не термином в собственном смысле слова. И Ульпиан, и Гай «общим» называют право, свойственное всем людям («право народов»). Когда «что-либо прибавляется либо отнимается» от «общего права», получается «собственное» или «цивильное» право римского народа (Гай, D. 1.1.6, Ульпиан, D. 1.1.1.3–4). Очевидно, что римские юристы придавали значение и видели конкретное содержание именно в гражданском праве (которое в действительности включало немало обычаев других народов), тогда как «право, общее для всех людей» оставалось для них философской концепцией.

Позиция римских юристов II–III вв. сохранила значение вплоть до правовой реформы императора Юстиниана, который не только включил их высказывания в свои Дигесты, но и изложил смысл их позиции в Институциях (I. 1.2.1–3). Кроме того, в Древнем Риме «общее право» могло описательно обозначать обычный порядок совершения юридических актов в отличие от особого порядка (например, составления завещаний).

Описательное значение за «общим правом» сохранилось в раннее Средневековье, когда «общим законом» (*lex communis*) именовали королевский указ, распространяющийся на все подвластное население раннефеодальной монархии, в отличие от племенного права, действующего в качестве «личного закона» только в отношении соплеменников.

Первые правоведы Средневековья, глоссаторы Болонской правовой школы (университета), в конце XI – первой половине XIII в. занимались дословным толкованием недавно «открытых» Дигест и прочих частей Свода Юстиниана, а потому сохранили древнеримское значение словосочетания *ius commune*: право народов в отличие от гражданского права римлян.

Лишь благодаря усилиям преемников глоссаторов, а также североитальянским и южно-французским комментаторам XIII–XIV вв., *ius commune* приобрело свое основное значение – общего права (континентальной Западной Европы). Такое словоупотребление стало возможно вследствие разработки комментаторами уникального правопорядка. Комментаторы не только обобщили юридические знания своего времени в рамках единой науки об общем правопорядке христианского мира (западного, католического) позднего Средневековья, но и нашли для этого идеального права практическое применение.

Структура *ius commune*. Данное словосочетание представляло собой сложный культурный феномен, включавший римское (цивильное), каноническое и феодальное право (табл. 1.2).

Важнейшими элементами *ius commune* являются письменные источники римского (цивильного), канонического и феодального права и основанные на них научные доктрины. Содержание *ius commune*, главным образом, составляли цивильное и каноническое право, которые ввиду своего значения нередко употребляются в литературе как синоним всего *ius commune*. Тесная связь между этими компонентами нашла отражение в особом термине – «оба права» (*utrumque ius*, что дословно означает «то и другое право»), знатоки коего носили почетный титул «доктора обоих прав» (*doctor utriusque iuris*).

Значение цивильного и канонического права в удельном весе *ius commune* связано не только с объемом источников и комментариев к ним, но и с регулированием широкого круга общественных отношений (большинство отношений гражданско-правового характера).

Источники *ius commune*. Источниками цивильного права служили Дигесты, Кодекс, Институции и избранные Новеллы (так называемые Аутентики) Юстиниана (VI в.), собирательно именуемые в Средние века Сводом (т. е. полным собранием) цивильного права (*Corpus iuris civilis*).

В эпоху расцвета школы комментаторов (вторая половина XIII–XIV в.) источниками канонического права Римско-католическая церковь признавала Священное Писание (канонические книги Ветхого и Нового завета), Священное Предание (развитие апостольского учения в произведениях Отцов Церкви и постановлениях церковных соборов), собранное и согласованное в Декрете монаха Грациана (ок. 1140 г.), а также папские постановления (три официальных сборника декреталий Григория IX (1227–1241), Бонифация VIII (1294–1303), Клементя V (1305–1314) и дополнительный сборник Иоанна XXII (1316–1334). Именно Декрет и сборники папских декреталий преподавались студентам, изучающим каноническое право в университетах. Впрочем, лишь в 1582 г. эти части впервые были объединены в общем издании под заглавием «Свод канонического права» (*Corpus iuris canonici*).

Таблица 1.2. Структура *ius commune*

Элемент		Главные источники	Доктрина	Ученые
<i>utrumque ius</i>	Римское (цивильное) право	Свод гражданского права Юстиниана: Дигесты, Кодекс, Институции, Аутентики-Новеллы	Глосса Аккурсия, Суммы, Комментарии к Своду	Глоссаторы Ацо, Аккурсий (XIII), комментаторы Бартол, Бальд (XIV)
	Каноническое право	Священное Писание, Священное Предание; Декрет Грациана, сборники декреталий пап Григория IX, Бонифация VIII, Клементя V, Иоанна XXII	Суммы к Декрету, Комментарии	Руфин, Гугуччо, Иоанн Тевтонец, Раймонд Пеньяфортский, Остиец, Панормитан и др.
Феодальное право		Книги феодалов (как часть Аутентик)	Комментарии	де Ардизоне, Аккурсий, Оберто дель Орто
Культурное единство		Методология: формальная логика (схоластика) Научная среда: университеты (<i>studium generale</i>) Язык: латинский		

Источники феодального права ограничивались записями феодальных обычаев региона Северной Италии (Ломбардии). Юристы XII–XIII вв. включили их в Свод гражданского права в качестве последнего дополнения к Новеллам Юстиниана под названием «Книги феодалов» (*Libri feudorum*). Однако такие записи не получили столь широкого распространения в странах Европы, как универсальное гражданское, или каноническое, право, во-первых, в силу своего локального происхождения, а во-вторых, ввиду регулирования узкой группы общественных отношений, связанных с феодальными наделами.

В литературе встречаются попытки включить в состав *ius commune* право купцов (*ius mercatorum, lex mercatoria*). Однако для этого нет достаточных оснований. К моменту формирования *ius commune* в XII–XIII вв. купцы выработали немало общих правил для регулирования торговых отношений. Однако эти правила составляли самостоятельную нормативную систему с четко ограниченной сферой действия по предмету и кругу лиц.

Lex mercatoria, как следует из его названия, упорядочивало отношения только между купцами в процессе осуществления их предпринимательской деятельности. Последние сформировали немногочисленную закрытую социальную группу. Ее малочисленность оказывалась полезной и для сохранения монополии на торговые операции, и для создания лично-доверительных отношений между купцами, столь необходимых при заключении крупных торговых и кредитных сделок.

Отсутствие сильного национального государства в эпоху зрелого и даже позднего Средневековья побуждало купцов самостоятельно устанавливать правила разрешения конфликтов, превращая их в торговые обычаи – основной источник *lex mercatoria*. Часть этих обычаев оставалась неписаной, часть – облекалась в письменную форму, например, для морской торговли

– обычаи, записанные на Олероне (конец XII в.), Висби (XIII в.), в Барселоне (Consolato del Mare, середина XIV в.).

Наличие отдельных арбитражных судов с участием представителей купеческого сословия в большинстве случаев лишало смысла обращение как к источникам «права ученых», так и к самим ученым юристам за разъяснениями, что, в свою очередь, также препятствовало интеграции торгового права в систему *ius commune*.

Научная доктрина *ius commune*. Значение научной доктрины для развития *ius commune* сопоставимо с вышеназванными главными источниками римского, канонического и феодального права. Применительно к средневековому *ius commune* научная доктрина представляла собой систему общепризнанных или господствующих взглядов ученых юристов о содержании правовых институтов, основанную на главных источниках *ius commune*. Именно эти взгляды составляли интеллектуальную основу данного правопорядка.

До сего дня правопорядки стран романо-германской правовой традиции, исторически связанные с *ius commune*, развиваются под сильным влиянием научной доктрины. Однако данное влияние остается по большей части косвенным, основанным на авторитете представителей научного сообщества, поскольку ни в одной крупной стране Европы доктрина не признается формальным источником внутригосударственного права. В этом одно из важных отличий современных правопорядков от своей общей исторической основы – европейского *ius commune* XII–XVIII вв., в котором доктрина долгое время являлась важнейшим формальным источником права.

Доктрина как формальный источник права представляет собой уникальное явление в истории западного права, не известное ни греко-римскому миру, ни современным странам Западной Европы.

В Древнем Риме в период наивысшего расцвета юриспруденции (I в. до н. э. – начало III в. н. э.) сложились отдельные элементы научной доктрины:

- упорядочение институтов гражданского права с помощью логики (начиная с Квинта Сцеволы, I в. до н. э.);
- комментирование источников права – наиболее важных законов (XII Таблиц, Закон Аквилы и др.), преторского эдикта и произведений авторитетных юристов (Мазурия Сабина и т. п.);
- написание доктринальных сочинений по гражданскому праву (дигесты, сборники правил, институции – учебники по праву);
- консультирование по правовым вопросам от имени императора (после установления в Риме императорского правления мнения наиболее компетентных и лояльных императору юристов приобрели нормативное значение благодаря тому, что первый римский император Октавиан Август (27 г. до н. э. – 14 г. н. э.) наделил их привилегией давать ответы от своего имени (*ius publice respondendi ex auctoritate principis*, Помпоний, D. 1.2.2.49).

Однако, по единодушному мнению романистов, нет оснований говорить о сколько-нибудь значительной теоретической юриспруденции. В Древнем Риме возобладали факторы, препятствовавшие развитию доктрины: практическая направленность деятельности римских юристов, отсутствие выраженного интереса к обсуждению отвлеченных проблем права и к критике положений закона⁴, лаконичность резолютивной и мотивировочной части ответов юристов, обусловленной их высоким социальным статусом, поддержкой со стороны императоров и доверием населения.

⁴ По словам известного испанского романиста М. Х. Гарсиа Гарридо, «римский юрист не был озабочен созданием блестящих теорий и вычурных определений; ему нужны были ясные, краткие и простые формулировки, легко применимые в повседневной жизни» (Гарсиа Гарридо М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты. М.: Статут, 2005. С. 76. См. там же о «казуизме» римской юриспруденции. С. 101–118).

Причины единства *ius commune*. Единство *ius commune* обеспечивалось не только общими юрисдикционными элементами. Немаловажное значение имело культурное единство процесса изучения и преподавания права. Единообразие *ius commune* основывалось на общности методологии, организации научного сообщества и языковом единстве. Универсальной методологией средневековой юриспруденции стала схоластика, ядро которой составляли приемы аристотелевской формальной логики, умело приспособленные для поиска и примирения противоречий в разновременных источниках. Возникновение сословия юристов напрямую зависело от формирования особого типа специализированной школы (*studium generale*), которая в позднее Средневековье получила название «университет». Университетская среда не только обеспечивала эффективную самоорганизацию ученого сообщества, но и создавала условия для «воспроизводства» ученых юристов, а также передачи непростого знания об источниках *ius commune* и методах их комментирования. Наконец, немаловажным фактором стало языковое единство *ius commune*. Латынь оставалась языком юридической науки вплоть до XVIII в., позволяя ученым разных стран и национальностей без труда понимать друг друга.

Научная обработка источников *ius commune* в условиях несовершенства и наличия пробелов местного законодательства и относительной слабости территориальных властителей привела к появлению такого феномена, как «право ученых». Научные доктрины, разъясняя и развивая тексты законов (Свод Юстиниана, каноны, декреты), слились с ними воедино (и в гражданском, и в каноническом праве). Особое значение это имело для цивилистики. Позднеантичные правовые тексты всегда воспринимались и применялись вместе с комментарием и в том значении, которое он в них вкладывал.

В результате знание закона предполагало знание основных комментариев к нему, а решение, вынесенное без учета таковых, считалось необоснованным и обнаруживало некомпетентность судьи. Последняя, в свою очередь, могла стать основанием для прекращения его полномочий и привлечения к ответственности перед претерпевшим убытки ответчиком в порядке нового искового производства. Неудивительно, что судьи в разных регионах Западной Европы (прежде всего в Северной Италии со второй половины XIII в., Испании с конца XIII в., Германии с XVI в.) предпочитали «подстраховаться» и обращались за экспертными заключениями к университетским профессорам: решение, основанное на письменном совете (заключении) ученого правоведа, считалось принятым компетентно, со знанием права.

В отсутствие сильной центральной власти, способной монополизировать законодательную функцию, и сильной иерархичной судебной организации научная доктрина обречена играть роль ведущей силы в развитии права путем интерпретаторских манипуляций со старыми правовыми текстами и комментариями.

Таким образом, к концу XIII в. *ius commune* уже представляло собой универсальную правовую систему для всех народов христианского Запада, разработанную средневековыми учеными-юристами (глоссаторами, комментаторами, канонистами). Ее применение требовало специальной квалификации (профессиональной подготовки). Основными элементами этой системы были римское (гражданское) и каноническое право.

Однако в конце XIII в. *ius commune* все еще оставалось «локальным» общим правом, признанным в наиболее романизированных регионах Западной Европы – Северной Италии, Южной Франции, христианских королевствах Иберийского полуострова. Значение общеевропейской правовой традиции оно приобрело благодаря своему интенсивному распространению далеко за пределами границ античной Римской империи в ходе рецепции.

1.3. Рецепция римского права, становление и упадок *ius commune*

Как всякий термин, обозначающий сложное понятие, «рецепция» вызывала и до сих пор вызывает различные дискуссии, усугубляемые ее многозначностью. Оставляя за рамками данной работы значения «рецепции» в биологии, лингвистике и иных сферах знания, остановимся на ее значении в юридических науках.

Наиболее активно термин «рецепция» используется в области теории права, сравнительном правоведении и истории права. В теории права и сравнительном правоведении «рецепцию» определяют как заимствование и приспособление к условиям какой-либо страны права, созданного в другом государстве, или как восприятие правовой системы и принципов другого государства в качестве основы национального права (Рене Давид), или как восприятие тем или иным государством элементов правовой культуры другой страны (В. А. Томсинов). Таким образом, в первом приближении **рецепция** представляет собой заимствование и усвоение иноземных правовых институтов в действующем национальном праве.

В указанном значении «рецепция» права сопоставима с такими терминами, как «правовой трансплант», «правовая аккультурация», «диффузия права». С помощью «правового трансплантата» (*legal transplant*) шотландский историк права и компаративист Алан Ватсон в 1970-е годы образно описал «пересадку» нормы из одной системы права в другую. В контексте развития современного частного права в Западной и Восточной Европе данную метафору продолжают использовать голландец Ян Смитс, итальянец Джанмариа Айяни, англичанин Дэвид Брэдли, американец Эвальд Вильямс, немец Йорг Фельтке и др. Правовой аккультурацией (*legal acculturation*), по аналогии с этнографическими исследованиями культурных влияний, также называют процесс усвоения, ассимиляции элементов чужой правовой культуры (Флойд Рудмин). Диффузия (распространение) права чаще используется в контексте современной глобализации (Вильям Твининг, Дэвид Вестбрук).

В современной литературе по сравнительному правоведению и теории права наиболее популярен термин «правовой трансплант», несмотря на критику самой концепции заимствования отдельных норм со стороны некоторых компаративистов (Пьер Легран). Зачастую концепция трансплантата используется как синоним рецепции (заимствования). При этом исследователи сознательно воздерживаются от использования термина «рецепция» ввиду его нечеткого содержания.

В то же время до второй половины XX в. «рецепция» встречалась в научной литературе гораздо чаще, в основном благодаря вкладу немецких историков права, изучавших распространение римского права в Германии. И до сих пор в силу традиции о «рецепции» продолжают писать компаративисты германской научной школы (Конрад Цвайгерт, Хайн Кетц, Вольфганг Виганд, Йорг Фельтке и др.).

Длительное исследование богатого эмпирического материала разных народов и эпох позволяет ученым утверждать, что заимствование (рецепция) права встречалось во все времена и было вызвано различными факторами: тесными культурными и (или) торговыми связями между народом, породившим нормы, и народом-реципиентом, признанным превосходством заимствуемых правил над существующими, простотой использования готового «велосипеда» вместо изобретения нового, потребностью модернизировать общественный уклад, соответствовать более высокому правовому стандарту другого общества и контактировать с ним на равных и т. д.

По словам известного русского историка права второй половины XIX в. С. А. Муромцева, рецепция – нормальное явление, поскольку ускоряет в странах процесс правового развития и облегчает задачу самобытного юридического творчества. В том же смысле немецкий

правовед Рудольф фон Иеринг в работе «Дух римского права по различным ступеням его развития» (1875) отметил: «Вопрос об усвоении чужих учреждений права не есть вопрос национальности, но просто вопрос пользы, нужды. Никто не будет доставать издалека то, что у него дома так же хорошо или лучше, но только глупец отвергнет хинную кору на том основании, что она выросла не на его капустнике».

Перечисленные выше факторы рецепции одновременно могут считаться условиями заимствования элементов чужой правовой культуры. В дополнение к ним следует назвать сравнительно высокий уровень развития общества-реципиента (рецепция должна «назреть», стать необходимой), а также абстрактность и письменную фиксацию заимствуемых норм. Последнее условие имеет принципиальное значение. История не знает заимствования обычного права, но изобилует примерами рецепции положений писаного правового памятника, норм закона.

Абстрактность правил означает не только их выражение в письменной форме, но и отсутствие тесной связи с национальными особенностями народа. Об этом недвусмысленно свидетельствует преобладание фактов заимствования норм частного права, необходимых для регулирования имущественного оборота (прежде всего, межнациональной торговли). Например, правила обязательственного права усваиваются проще, чем права собственности, а право собственности – легче, чем семейное или наследственное право, несущие на себе сильный отпечаток «народного духа» и национальных ценностей. Публичное право, *«относящееся к пользе всего государства»* (Ульпиан), по определению гораздо теснее частного связано с национальными особенностями и потому заимствуется по мере усвоения лежащих в его основе принципов и идеологии. Так, строгое юридическое распределение компетенции между ветвями публичной власти получало признание по мере усвоения просветительской идеологии разделения властей и демократических ценностей. По этой же причине легче заимствовать нормы, предписывающие в обезличенной форме совершать конкретные действия, нежели общие принципы, фиксирующие правовые цели и ценности.

Современные исследователи, за редким исключением (Юлиус Бардах, Макс Рейнштейн), признают добровольность обязательным условием рецепции (И. А. Покровский, Фриц Прингсхайм, В. А. Томсинов). В то же время насильственное внедрение норм права в колониях или на оккупированных территориях может дать импульс к последующему усвоению навязанного права после ухода завоевателей, о чем свидетельствует сохранение значительной части права метрополий в бывших колониях, а также использование Французского гражданского кодекса 1804 г. (далее – ФГК) в подчиненных Франции государствах и территориях после свержения Наполеона.

Спорным остается объем возможной рецепции иноземного права. Большинство исследователей (со ссылкой на исторический опыт) считают возможным заимствование только какой-то части чужого права (отдельные нормы, институты, терминология). Сторонники концепции «юридического транспланта», напротив, «в целом» не признают каких-либо ограничений по объему и предмету «трансплантации» и ссылаются на примеры заимствования целых кодексов (в частности, ФГК).

Процесс рецепции не поддается описанию в рамках единой модели ввиду его крайней вариативности. По времени он может растянуться на период от нескольких лет до нескольких столетий. С большой долей условности ученые выделяют несколько стадий данного процесса. На начальной стадии определяется подходящий объект рецепции. Далее происходит его изучение и теоретическое осмысление, что может сопровождаться расширительным или ограничительным толкованием заимствуемых норм, дискуссией о целесообразности их восприятия, а также выявлением сходств и различий между институтами действующего национального и иноземного права.

Внимание правоведов к проблеме восприятия элементов чужого права объясняется пространственностью этого процесса в истории и современности. По словам шотландского исто-

рика права А. Ватсона, к концу XX в. заимствование стало одной из наиболее часто встречающихся форм юридического развития на национальном и наднациональном уровнях, что, в свою очередь, обусловлено беспрецедентным размахом межнационального обмена товарами и идеями в эпоху глобализации.

В качестве наиболее известных примеров заимствования чужих норм можно назвать: из древней истории – Моисеево законодательство с текстуальными совпадениями из Законов Хаммурапи, опыт древнегреческих законодателей в Законах XII Таблиц Древнего Рима; из Новой истории – ФГК в странах Западной Европы XIX в., проект Германского гражданского уложения в Японии, швейцарское гражданское законодательство в Турции XX в. Из недавних примеров – Гражданский кодекс РФ в Армении.

Рецепция римского права (в том числе основанного на нем *ius commune*) в Средние века и Новое время в целом также представляла собой заимствование правил, сформулированных в рамках иной правовой системы, существовавшей во II–VI вв. в Римской империи (с V в. в Восточной Римской империи). Данный процесс также предполагал ряд условий, выделенных компаративистами для заимствования права в современную эпоху: сопоставимый уровень развития торговых отношений, чувство культурной общности между народом, породившим нормы, и обществами-реципиентами, признание превосходства заимствуемых правил над прежними заменяемыми или дополняемыми нормами, а также их добровольное сознательное использование в целях совершенствования правового регулирования.

Однако от приведенных выше примеров рецепция римского права отличается несколькими важными особенностями. Во-первых, объектом заимствования было не действующее, а «мертвое» право II–VI вв., не применявшееся на Западе с V в. и в основной своей части неизвестное вплоть до юридического возрождения XII в. Указанное обстоятельство исключало возможность как наблюдать заимствуемые нормы в действии, так и сколько-нибудь полно воссоздать позднеримский механизм правового регулирования (в отсутствие представлений об историческом развитии права).

Во-вторых, сопоставимый уровень развития производительных сил поздней Античности и зрелого Средневековья не означал тождества социально-экономического уклада. Западноевропейское общество в момент основания Болонской школы было и еще долго оставалось преимущественно феодальным и сословным, политически раздробленным на большие и малые государственные образования, социально разделенным феодальной иерархией, сословной структурой, а также городскими гильдиями и цехами.

В-третьих, следует учитывать особенности средневекового мировоззрения по сравнению с античным. Римское право возрождалось в условиях крайне религиозного, традиционного, даже косного общества. Основным способом научного познания окружающего мира в нем вплоть до научной революции XVII в. оставалась схоластика. Под ее влиянием ученые искали истину не в жизни, а в древних авторитетных текстах. Причем в случае расхождения текста с эмпирическим знанием следовало отдавать предпочтение тексту. В теологии преклонялись перед Священным Писанием, в философии – перед трактатами Аристотеля, в юриспруденции же «писаным разумом» на все времена стал Свод Юстиниана.

Впрочем, в Средние века не только университетское образование и науки, но и грамота были доступны единицам. Несмотря на чувство преемственности с древнеримским миром, западноевропейское общество жило иными ценностями и приоритетами и проецировало их на Античность подобно средневековым живописцам, изображавшим сцены из жизни Иисуса Христа в привычной (и как будто единственно возможной) для жителей XIII–XIV вв. обстановке.

В политической жизни наиболее ярким анахронизмом, несомненно, являлась (Священная) Римская империя, восстановленная сначала победоносным королем франков Карлом Великим в 800 г., а затем германским королем Оттоном Великим в 962 г. Название данного

государственного образования объясняется тем, что ее правители считали себя полноправными преемниками римских императоров.

Юридические трактаты итальянских комментаторов также обнаруживают либо незнание, либо пренебрежение исторической дистанцией между греко-римской и средневековой западной цивилизациями. Разумеется, этот фактор способствовал популяризации римского права, но не восстановлению подлинного смысла высказываний римских юристов.

В-четвертых, важной особенностью рецепции римского права является долгий подготовительный этап теоретического изучения Свода Юстиниана. Перечисленные отличия средневекового общества от позднеантичного препятствовали непосредственному применению текстов II–VI вв. даже в XII столетии и тем более позднее. Смысл теоретического изучения Свода в университетах Северной Италии и Южной Франции заключался именно в создании адаптированной системы правил *ius commune* на основе римских юридических текстов, переосмысленных посредством схоластической методологии в контексте средневековых культурных ценностей. Только после указанной адаптации стало возможным использование Юстиниановых текстов на практике и их распространение по странам Западной Европы.

В-пятых, не следует забывать, что объектом рецепции были не современные кодексы, сборники абстрактных правил, а сложный казуистический материал Свода Юстиниана. Фрагменты высказываний римских юристов и распоряжения императоров в большинстве своем тесно связаны с конкретными правовыми спорами и, будучи включенными в Дигесты или Кодекс византийскими юристами VI в., оказались вырванными из контекста. Дигесты, составленные из сокращенных и скорректированных высказываний нескольких десятков правоведов I–III вв., в особенности сложны для понимания. Их мозаичный и зачастую противоречивый материал ставил в тупик не одно поколение ученых правоведов, юристов-практиков и судей Западной Европы.

В-шестых, в результате переосмысления и схоластической обработки текст Свода гражданского права приобрел именно то значение, которое в него вкладывало «общее мнение докторов права», зафиксированное в суммах, комментариях, экспертных заключениях и другой научной литературе той эпохи. Официально в процессе рецепции Юстинианов Свод получал значение субсидиарного источника права, к которому обращались для восполнения пробелов местного права. В действительности же на основе Свода в Западной Европе с XII в. формировалась не известная римскому праву юридическая доктрина, ставшая самостоятельным источником гражданского (частного) права и ведущим фактором его развития вплоть до эпохи Просвещения и первых кодификаций гражданского права в конце XVIII в.

Учитывая отмеченные выше особенности, затруднительно сформулировать исчерпывающее определение рецепции римского права. Директор Института истории европейского права (Франкфурт-на-Майне) Гельмут Коинг верно отметил, что речь идет о сложном историческом процессе, который на протяжении XIII–XVIII вв. привел к практическому применению концепций, принципов, правил и методов *ius commune* в большинстве стран Западной Европы. В сочетании теоретического изучения источников римского права и практического применения научной доктрины суть рецепции также усматривает немецкий ученый итальянского происхождения Филиппо Раньери.

Другой немецкий историк права Франц Виакер смыслом рецепции считал не столько распространение в Западной и Центральной Европе адаптированных средневековыми комментаторами правил Свода Юстиниана, сколько неоспоримое интеллектуальное (научное) и социальное влияние права на значимые сферы публичной жизни. Под интеллектуальным доминированием ученый понимает утверждение в правотворчестве и правоприменительной практике научных концепций, методов и подходов, разработанных в процессе создания *ius commune* в западноевропейских университетах XII–XIV вв., т. е. новой правовой науки Западной Европы. Социальное доминирование проявилось в том, что большинство важных должно-

стей в сфере государственного и местного управления и судопроизводства постепенно заняли лица, обученные науке *ius commune* в университетской среде.

Американский историк права Г. Берман указывал на важность рецепции римского права и основанной на нем юридической науки для формирования западной традиции права. Большинство основных признаков данной традиции прямо или косвенно связаны с переосмыслением древнеримского правового наследия (см. разд. 1.1).

Позиции ведущих немецких историков права особенно показательны, ведь в XIX в. именно немецкие ученые ввели в научный оборот термин «рецепция». Причем тогда его связь с римским правом была настолько сильна, что правоведы, говоря о рецепции, подразумевали в первую очередь римское право и уж потом примеры из позднейшей истории. Иными словами, рецепция римского права считалась классическим примером рецепции как таковой.

Термин «рецепция» появляется в работах немецких ученых второй половины XIX в. как отклик на оживленные научные споры между сторонниками романизации германского права (К. Шмит, Моддерман, Г. Белов) и его противниками (О. фон Гирке, К. фон Амира, К. Маурер, А. Хойслер). К этой эпохе относится высокопарная фраза Р. фон Иеринга в упомянутой выше работе: «Рим трижды завоевал мир: один раз – мечом, другой раз – крестом и третий раз – правом».

Вслед за немецкоязычной историографией работы по рецепции стали появляться в отечественной науке. Среди них следует выделить монографии С. А. Муромцева «Рецепция римского права» (1886) и П. Г. Виноградова «Римское право в средневековой Европе» (1910), учебник И. А. Покровского «История римского права» (1913).

В то же время термин «рецепция» крайне редко используется в историко-правовой (а не компаративистской) литературе на французском, итальянском, английском языках. Вероятно, причинами тому стали как языковые особенности, так и отсутствие научного противоборства между романистами и «националистами». Например, слово «*reception*» в английском и романских языках имеет массу бытовых значений и потому мало подходит на роль юридического термина. Кроме того, историки права XIX в. и далее предпочитали использовать иные термины: «обновление» (М. Жиро), «возрождение» (П. Виоле, Э. Глассон, А. Жиффар, Ж. Эллюль, Ф. Калассо и даже немецкий романист Ф. фон Савиньи (!)), «проникновение» (М.-Л. Карлэн). В редких случаях исследователи сознательно подчеркивают разницу между «проникновением» римского права на Юг Франции и его «рецепцией» в Германии (Р. Обена).

Суть рецепции раскрывается через ее этапы. Сразу оговоримся: в литературе нередко выделяют так называемый варварский период рецепции римского права на Западе от падения Западной Римской империи до возрождения правовой науки в Болонской школе XII в. По существу, речь идет об остаточном действии постклассического римского права в качестве обычного права романизированного населения вновь образованных германских государств.

Новые властители считали естественным, что германцы живут и судятся по своим обычаям, а римляне – по своим (принцип «личного закона»). Более того, германские короли санкционировали составление сборников «римских законов» для лучшего управления романизированным населением, которое по численности превосходило германцев во многих регионах на юге и юго-западе Западной Европы. Таковы «Римский закон вестготов», известный также как «Бревиарий» (краткое изложение) Алариха II (*Lex Romana Visigothorum*, 506 г.) на Пиренейском полуострове, «Эдикт Теодориха» в Италии (*Edictum Theodorici*, 511 г.), «Римский закон бургундов» (*Lex Romana Burgundionum*, 517 г.). Эти и другие сборники составлены преимущественно из источников римского права постклассического периода, прежде всего сборников императорских конституций II–V вв. (кодексы Григориана, Гермогениана и Феодосия II).

Влияние римского права на записи германского племенного права ограничивалось заимствованием отдельных элементов античного юридического наследия. Например, следы этого

влияния исследователи усматривают в выборе латинского языка и некоторой терминологии для записи обычаев салических франков (Салическая правда).

Нет никаких оснований говорить о сколько-нибудь значительном преобразовании действующего права для романизированного и тем более для германского населения на древнеримской основе. В раннесредневековом западном обществе не было ни специалистов-правоведов, чтобы удержать юриспруденцию от деградации (вплоть до полной утраты четкости терминологии, смешения видов договоров, собственности и владения, искажения имен римских юристов, а также низкого качества копий источников), ни текстов Дигест, Кодекса и Институций Юстиниана. Формально эти законодательные акты действовали очень непродолжительное время лишь на территории Италии на основании торжественной конституции («прагматической санкции») самого Юстиниана, принятой в 554 г. после присоединения Апеннинского полуострова к Восточной Римской империи, и до вторжения лангобардов, вытеснивших византийцев с основной его территории к концу VII в.

Остатки античного юридического знания выживали не в специальных правовых школах (их существование в период с VI по XI в. на Западе не имеет надежных подтверждений в источниках), а благодаря преподаванию античной риторики в светских школах «свободных» искусств в Италии (как наиболее романизированной области Западной Европы) и монастырских школах за пределами Апеннинского полуострова. «Свободные» (т. е. достойные свободного человека в греко-римском мире) искусства включали мастерство слова (грамматика и риторика), мышления (диалектика) и числа (арифметика, геометрия, астрономия, музыка). В рамках риторики преподавалось судебное красноречие и основы знаний о праве, разумеется, римском, но из Институций и Кодекса, а не Дигест Юстиниана. Римская Церковь руководствовалась римским правом не только потому, что досталась средневековому миру в наследство от поздней Античности, но и потому, что именно в нем находила опору для своих имущественных прав и привилегий.

Как отмечалось выше, рецепция римского права в основном значении представляла собой формирование, распространение и применение на практике научного права (*ius commune*). В связи с этим имеет смысл оставить в стороне период до юридического возрождения конца XI–XII вв. и выделить этапы распространения научного права (*ius commune*).

Таким образом, основными этапами рецепции следует признать теоретическую, практическую и завершающую стадии. Теоретическая стадия предполагает чтение, толкование, комментирование и переосмысление основных источников права (Свода Юстиниана) в контексте духовной культуры своего времени. Далее переосмысленный материал источников начинает использоваться в правоприменительной практике в качестве дополнения к местному праву. И наконец, на завершающей стадии «право ученых» приводит к решительному преобразованию источников местного законодательства, судебной практики и всей юридической техники регулирования общественных отношений.

В действительности названные процессы пересекались и дополняли друг друга: теоретическое осмысление источников и доктрины «права ученых» не заканчивалось с началом практического его применения, напротив, практика давала новый материал (новые источники) ученым-юристам. Возникавшая в ходе практической рецепции *ius commune* тесная связь научной доктрины и юридической практики давала возможность и повод университетским профессорам заниматься консультативной (экспертной) и государственной деятельностью, что способствовало дальнейшему сближению теории и практики.

Разный уровень развития стран и регионов Западной Европы позволяет понять, почему теоретическая и практическая рецепция где-то происходили раньше, где-то запаздывали. Учитывая неразрывную взаимосвязь университетской культуры и *ius commune*, наиболее наглядно распространение «права ученых» демонстрируют карты основания университетов в Западной Европе XII–XVI вв.

Распространение университетов и связанный с ним теоретический этап рецепции позволяют выделить европейские регионы ранней и поздней рецепции. В авангарде оказались области с наиболее высоким уровнем экономического развития (торговли), плотности населения и урбанизации, а также с глубокой романистической традицией. Таковы Северная Италия, Юг Франции, христианские королевства Иберийского полуострова. Здесь теоретическая рецепция перешла в стадию практической уже во второй половине XIII – начале XIV в. Несколько позднее к данному процессу подключились Нидерланды, а также западно– и южно-германские земли в составе Священной Римской империи (примерно с XVI в.). Наконец, в XVII в. влияние *ius commune* распространилось на Север Германии и (в гораздо более скромных масштабах) на страны Скандинавии.

Ход рецепции по отдельным странам достаточно подробно описан в работах российских дореволюционных исследователей (прежде всего П. Г. Виноградова, а также С. А. Муромцева) и зарубежных историков права (В. Моддерман, Г. Берман). В последующих главах данного пособия он будет раскрываться через деятельность основных правовых школ, поскольку именно они формировали доктринальную основу *ius commune* или косвенно способствовали ее развитию своей критикой.

Процесс распространения *ius commune* в Западной Европе иллюстрирует рис. 1.1.

Таблица 1.3 в самых общих чертах описывает сложный процесс развития и распространения юридической науки в ведущих странах континентальной Западной Европы. В действительности данный процесс не был прямолинейным триумфальным шествием римско-канонического права в том виде, какой ему придали комментаторы XIII–XV вв. *Ius commune* подвергалось критике в разные эпохи по различным основаниям.

1.4. Вехи развития института договора в XI–XVIII вв.

Договорное право в смысле совокупности правил, опосредующих отношения экономического обмена между равноправными субъектами, всегда играло заметную роль в развитии общеевропейской правовой традиции. Четко определяя прежде всего кто, кому, когда, где должен совершить определенные действия по передаче имущества, выполнению работ, оказанию услуг и какие неблагоприятные последствия наступят в случае несоблюдения условленного, договорное право с эпохи Античности придавало динамизм отношениям по переходу имущественных благ между субъектами. Речь идет не только о прогрессивном развитии общества, но и о выживании отдельных его членов. В XVII–XVIII вв. сторонники влиятельной школы естественного права прямо утверждали, что договоры служат основным средством компенсации природной слабости человека и неспособности удовлетворить все свои потребности самостоятельно.



a



б



6

Рис. 1.1. Распространение университетов в Западной Европе⁵ а – в XIV в.; б – в XV в.; в – в XVI в.

Таблица 1.3. Развитие *ius commune* в Западной Европе XI–XVIII вв.

⁵ Cambridge Histories Online © Cambridge University Press, 2008.

Время	Школа	Методология	Регион	События
Конец XI – первая пол. XIII в.	Болонские глоссаторы (Ирнерий, ум. ок. 1125 г.), Булгар, Мартин, Гуго, Плацентин, Ацо, Аккурсий, ум. в 1263 г.)	Формально-логическое толкование Свода Юстиниана как наиболее авторитетного источника общеевропейского права	Север Италии, Юг Франции	Обнаружение Дигест, основание Болонской школы (1088), Ронкальский сейм с участием учеников Ирнерия, Большая глосса
XIII–XV вв.	Орлеанская школа (Ревиньи, Бельпарш), комментаторы (Одофред, де Розата, Чино, Бартол, Бальд) и канонисты (Раймонд Пеньяфортский, Остиец, Иоанн Андреа, Панормитан)	Общий метод формально-логического толкования Свода Юстиниана, канонов и декреталий как основы местных законов и обычаев; юридизация жизни возникающих городских коммун, княжеств, королевств и церкви	Италия, Испания, Франция, Запад и Юг Германии	Формирование системы <i>ius commune</i> ; появление известных правовых школ вне Италии; начало практической рецепции в Италии, Испании, на Юге Франции; учреждение Имперского камерального суда с заседателями-юристами (1495)
XVI в.	Комментаторы Школа гуманистов (<i>mos gallicus</i>) (Альциат, Бюде, Дуарен, Донелл, Отман, Куяций, Цазий) Саламанкская школа второй схоластики (Витория, Сото, Молина, Суарес, Лессий)	Прежняя формальная логика Критическое изучение текстов источников с помощью исторических и филологических познаний Обновление доктрины <i>ius commune</i> с помощью философии Аристотеля и Фомы Аквинского	Италия, Германия Франция (Университет Буржа) Испания (Университет Саламанки)	Упадок старой комментаторской техники; написание комментариев на комментарии Основание университета в Бурже; открытие исторического контекста Свода Юстиниана; начало Реформации (1517) и поддержка идей кальвинизма Тридентский собор (1545–1563), выбор официальной доктрины Контрреформации

XVII в.	Германская школа <i>usus modernus</i> (Стрик, Лаутербах, Мевий, Карпцов, Конринг, Струве)	Толкование <i>ius commune</i> в контексте современных обычаев германских земель	Германия	Начало практической рецепции в германских землях; рационализация местного права
	Голландская школа <i>usus modernus</i> (Винний, Фут, ван Лёвен, Виссенбах)	Толкование <i>ius commune</i> в контексте современных обычаев Нидерландов	Нидерланды	Провозглашение независимости Нидерландов, основание университета в Лейдене (1575), публикация «Введения в голландскую юриспруденцию» Гроция (1631)
	Школа нового естественного права (Гроций, Томазий, Пуфендорф, Дома)	Выведение всех норм права из естественного (природного) порядка	Нидерланды, Германия, Франция	Издание трактата Гроция «О праве войны и мира» (1625), научная революция Галиллея, Декарта, Ньютона
XVIII в.	Школа <i>usus modernus</i> (Глюк, Лейзер, Бёмер)	Кропотливая разработка доктринальных положений современного римского права (теории гражданского права)	Германия, Нидерланды	«Подробный комментарий к Пандектам» Глюка в 34 томах (1790–1830)
	Школа естественного права (Вольф, Потье)	Детализированное изложение частного права на основе естественных первопринципов; очистка гражданского права от устаревших правил; требование простых, ясных и общеизвестных законов	Германия, Франция	Эпоха Просвещения: «Персидские письма» (1721) и «О духе законов» (1748) Монтескье; теория народного представительства Руссо; подготовка проектов первых кодификаций

Соответствуя неким глубинным, универсальным потребностям человеческого общежития, связанного с товарно-денежными отношениями, договорное право не только получало развитие в самых разных обществах Античности, Средних веков и Нового времени, но и приобретало сходные формы. Одной из важных причин единообразия договорного права народов континентальной Западной Европы, несомненно, является его романистическая основа.

Римское договорное право с полным основанием считается одним из наиболее ценных достижений ведущих юристов Древнего Рима. Они наметили то место в системе права, которое

договоры занимают по сей день. Так, Ульпиан провел деление права на публичное и частное в зависимости от отношения к общему благу или пользе отдельных лиц и выделил в частном праве предписания, свойственные всем живым существам (естественное право как концепция древнегреческой философии), всем народам (право народов) и собственно римскому народу (цивильное право) (D. 1.1.1.2). Гай разделил частное право римского народа на правила относительно лиц, вещей и исков (Gai. 1.8), поместив обязательства между положениями вещного права и права исков (Gai. 3.88-3.225). Он же предложил схематичное деление обязательств по способу их установления на договорные и деликтные, из правомерных действий и из правонарушений, а также упорядочил все договорные обязательства римского права в четырех группах – вербальные, литтеральные, реальные, консенсуальные (Gai. 3.89).

В то же время римское договорное право существенно отличалось от договорного права, нашедшего отражение в первых кодификациях XVIII в. При внимательном рассмотрении заметна неполнота и поверхностный характер системы римского договорного права, отсутствие группировки общих положений о порядке заключения, исполнения и так далее различных договоров, множественность терминологии (контракт, пакт, конвенция и др.), обнаруживающей отсутствие обобщающего понятия «гражданско-правовой договор»; приоритет процессуального аспекта – зависимость видов договоров от системы исков формулярного гражданского процесса; наконец, формализм договорного права и связанную с ним невозможность предъявить иск на основе неформального, нетипичного соглашения.

Вышеназванные отличия договорного права Древнего Рима I–III вв. и стран Западной Европы XVIII в. сложились именно в ходе распространения и развития *ius commune* в Западной Европе после основания Болонской школы права. Начатый глоссаторами этап теоретического переосмысления римского права (точнее, Свода Юстиниана) привел в XII–XIII вв. к утверждению приоритета материального права над процессуальным (если есть субъективное право, то должен быть иск), смещению акцента с термина «контракт» (типичный договор с исковой защитой) на термин «пакт» (общее наименование всех договоров), расширению перечня неформальных соглашений с исковой защитой (благодаря теории «одеяния»), упорядочению посредством многоступенчатого деления на роды и виды («понятийных пирамид») многочисленных разновидностей контрактов и пактов, упомянутых в Дигестах и Кодексе Юстиниана.

В то же время глоссаторы не ставили перед собой явной цели развивать и переосмысливать Свод Юстиниана. Они занимались уяснением смысла данного авторитетного текста и разрешением выявленных в нем противоречий, насколько это позволяла схоластика, общенаучная методология зрелого Средневековья. В результате достижения первых ученых правоведов Запада в области теории договорного права оказались скромными.

Законченный вид доктрина договорного права *ius commune* приобрела благодаря усилиям комментаторов XIII–XV вв. Представители данной школы в полной мере реализовали потенциал средневековой схоластики и вплотную подошли к обсуждению концепций и положений, общих для всех или большинства договоров (порядок заключения, основание-кауза, ответственность за неисполнение и т. д.). Кроме того, комментаторы сумели приспособить римское договорное право для нужд позднесредневекового оборота, открывая во фрагментах обширного Свода подходящие древнеримские решения.

Однако и комментаторам авторитет Свода (накладываемые им ограничения) не позволил ни сформулировать обобщающее понятие гражданско-правового договора, ни открыто провозгласить принцип обязательности всех правомерных договоров, ни создать самостоятельную и последовательную систему положений о договорах. Напротив, с XV в. наблюдается постепенный упадок комментаторской договорной доктрины, который выражается в написании громоздких комментариев, сложных переплетениях правил и многочисленных исключений, запутанных ссылок на комментарии своих предшественников и т. п.

Издержки схоластической юриспруденции стали объектом резкой критики в век юридического гуманизма. Правоведы в большинстве своем французского происхождения в XVI в. отвергли формальное перетолковывание фрагментов по договорному праву из Свода Юстиниана и обратились к реконструкции более совершенного, классического права с помощью накопленных исторических познаний, филологической критики и знакомства с широким кругом новых источников. Кроме того, гуманисты восприняли Цицеронов идеал права как искусства создания стройной логической системы правил и поставили задачу упорядочить договорное право на выявленных в античных источниках логических принципах.

Тем не менее успешная работа по подготовке критического издания Свода и реконструкция договорного права классического периода не принесли юристам желаемой стройной системы, поскольку сами римские юристы классического периода не были систематиками и сдержанно относились к призывам оратора Цицерона упорядочить право вопреки вековой традиции. В творчестве правоведов-гуманистов XVI в. встречаются смелые попытки систематизировать весь материал гражданского права по системе, напоминающей институционную схему Гая, но авторитет римского права классического периода, заменивший преклонение перед Сводом Юстиниана, удержал даже самых смелых новаторов от радикального переустройства договорного права и гражданского права в целом. Внимание к классическим древностям отвлекало гуманистов от насущных потребностей имущественного оборота XVI в. В результате интеллектуальное наследие гуманистов осталось уделом академического сообщества своего времени.

Гораздо больших успехов в систематизации договорного права добились католические священники-правоведы Саламанкской школы второй схоластики XVI в. Поставив перед собой задачу упорядочить все *ius commune* на основе принципов философии Аристотеля и Фомы Аквинского, вторые схоласты создали серию научных трактатов, в которых вывели все правовые институты из двух основных категорий – справедливости и права. В новой системе договорное право объединяло группу правомерных средств приобретения права собственности. Договоры, в свою очередь, группировались по критерию возмездности на сделки менового характера (контракты и пакты) и акты безвозмездного характера (дарения). Кроме того, правоведы-теологи смогли более последовательно, чем первые схоласты-комментаторы, выделить общие положения о договорах (заключение, недействительность, пороки согласия и др.) и примирить установления нескольких систем права (гражданского, канонического и позитивного права) на универсальной основе богоустановленного естественного права.

В то же время представители Саламанкской школы оставались прежде всего теологами, чей интерес к договорному праву был обусловлен заботой о спасении душ. Именно из душевспасительных соображений они стремились четко установить, когда нарушается справедливость, чтобы во время исповеди священник смог компетентно рассудить о совершенном грехе и наложить покаяние. Светские юристы и судьи не сразу обратили внимание на достоинства договорных теорий второй схоластики.

В странах Южной Европы правовая мысль находилась в состоянии стагнации под бдительным контролем Римско-католической церкви, чья цензура одобряла лишь проверенные временем правовые идеи средневековых комментаторов. В протестантских землях Северной Европы в конце XVI – начале XVII в. едва началась практическая рецепция римского права, и представители господствующего направления (школы «современного использования Пандект», *usus modernus*) также опирались на традиции классического *ius commune*, адаптируя его с учетом потребностей своей эпохи и современных им порядков.

Договорные доктрины школы *usus modernus* не отличаются новизной и оригинальностью. Скорее, они являются результатом кропотливого комментирования источников и доктрин *ius commune* в контексте правовой жизни XVII в. Среди представителей *usus modernus* не было ярких звезд и великих теоретиков-систематизаторов, зато многие из них совмещали научную работу с практической деятельностью и ясно представляли, в каком направлении необходимо

развивать отдельные договорные конструкции. В основном жанре научной литературы того периода – комментариях к соответствующим фрагментам Дигест – доктринальное развитие наблюдается именно в трактовке отдельной темы при следовании общей структуре источника.

Систематизаторские начинания второй схоластики нашли развитие в творчестве основоположника школы нового естественного права Гуго Гроция. Именно с течением рационального, светского естественного права связан прорыв в разработке современной договорной доктрины, основанной на принципах свободы и обязательности договоров, на общем понятии договора и волевой трактовке его природы, а также на выведении отдельных правил для разновидностей договора из общих принципов.

Эпоха научной революции, эмпирический и экспериментальный способ познания действительности изменили отношение юристов передовых стран Европы (прежде всего Голландии, Франции, Германии) к античному правовому наследию. Освободившись от гипнотического действия римского права, правоведы Нового времени, особенно разделявшие идеи нового естественного права, допускали использование положений Свода Юстиниана в той мере, в какой они соответствовали принципам естественного разума и логики.

В знаменитом трактате «О праве войны и мира» Гроций впервые четко изложил видение естественного договорного права. Договор (точнее, обещание должника, акцептованное кредитором) рассматривался как способ добровольного отчуждения части индивидуальной свободы. Все разновидности данного способа подчинялись общим правилам заключения, действительности и расторжения. Основой и главным критерием действительности договора была объявлена воля контрагентов, а руководящим принципом договорного права – правило «договоры должны соблюдаться» (*pacta sunt servanda*).

Тезисные положения договорной теории Гроция развили немецкие сторонники естественного права Пуфендорф и Томазий. В их работах наконец появляется обобщающее понятие гражданско-правового договора как правомерного соглашения сторон. Во Франции созвучные Гроцию идеи развивал Жан Дома, упорядочивший к концу XVII в. гражданские законы королевства в естественном порядке.

Однако в произведениях авторов XVII в. договорное право не настолько детализировано, чтобы полностью заменить договорные доктрины *ius commune* на практике. Лишь в работах немецкого ученого Христиана Вольфа и его французского визави Робера-Жозефа Потье положения о договорах получили детализацию, сопоставимую с нормами первых кодификаций гражданского права. Собственно их произведения считаются одним из важнейших источников при составлении проектов таких кодексов, как Прусское земское уложение, Австрийское гражданское уложение и Кодекс Наполеона.

Такова общая канва развития института договора в *ius commune* в XI–XVIII вв. Разумеется, это был сложный и многоаспектный процесс, который трудно разделить на четкие этапы и периоды. Именно поэтому более подробное изложение формирования и распространения *ius commune* и договорного права как его неотъемлемой части в последующих главах построено по хронологическому принципу – от столетия к столетию.

1.5. Экскурс: научная доктрина *ius commune* как источник права в средневековой Западной Европе

Появление научной доктрины в западноевропейском обществе стало решающим фактором формирования средневекового *ius commune*. Поэтому имеет смысл подробнее остановиться на причинах ее появления, особенностях и этапах развития. Содержание доктрины в части института договора рассматривается в последующих главах.

Среди многообразных причин появления научной доктрины и ее превращения в формальный источник права следует назвать прежде всего децентрализацию публичной власти (политической и судебной) в Западной Европе раннего и зрелого Средневековья. В результате вплоть до эпохи формирования национальных государств в рамках абсолютных монархий на христианском Западе не сложились ни полноценная система правовых норм, ни иерархия источников права, ни четкие правила определения применимого права в судах феодалов.

На фоне обычного и королевского права раннего Средневековья Дигесты и другие части Юстиниановой компиляции, открытые в Италии в XI–XII вв., представлялись по-настоящему полным Сводом (собранием) всего гражданского права. Однако объемный правовой текст Дигест был совершенно непонятен после шести веков отсутствия юридического образования на Западе. Кроме того, составленный в VI в. Свод Юстиниана не подходил для прямого применения в повседневной жизни XII в. в силу существенных отличий в хозяйственном укладе и мировоззрении средневекового общества. Поэтому требовалось немало усилий для того, чтобы понять буквальное значение позднеримского правового памятника, а также переосмыслить его. С этой задачей не могли справиться ни знатоки обычного права, ни немногочисленные на тот период королевские чиновники, ни погруженные в толкование Священного Писания клирики. В недрах западноевропейского общества сформировалась особая группа профессиональных толкователей права, усилиями которых на рубеже XI–XII вв. начала формироваться научная доктрина.

Ученые-правоведы образовывали сообщества, именуемые школами. Школой, применительно к истории *ius commune*, следует называть не столько место проведения занятий и исследований, сколько группу ученых-правоведов, объединенных единством целей, принципов и методов исследования, благодаря чему их идеи образуют особое направление в правовой науке. Принадлежность к определенному университету – характерный, но не обязательный признак существования школы. Связь с одним университетом была свойственна глоссаторам (Университет Болоньи), вторым схоластам (Университет Саламанки), в меньшей степени французским гуманистам (Университет Буржа), тогда как для представителей *usus modernus*, или нового естественного права, четкая локализация в пространстве затруднительна. Тем не менее принадлежность ученого-юриста к той или иной школе установить достаточно просто как по его самоидентификации, так и по содержанию его трудов.

Именно в таких школах формировалась научная доктрина. С XII по XVIII в. в ее развитии можно выделить следующие этапы.

I. Теоретическое переосмысление римского права в рамках схоластической юриспруденции глоссаторов (XII–XIII вв.).

II. Адаптация комментаторами научных теорий глоссаторов для нужд юридической практики, повлекшая формирование доктрины *ius commune* (XIII–XIV вв.).

III. Формальное признание доктрины *ius commune* в качестве универсального источника права (XIV–XVI вв.).

IV. Кризис *ius commune* и утрата доктриной нормативного значения (XVII–XVIII вв.).

Этап I. В процессе схоластического толкования авторитетных правовых текстов в Болонье возникла теоретическая наука о праве, которую первоначально сами доктора права име-

новали доктриной. В отличие от древнеримских юристов, которые стремились прежде всего найти подходящее решение правового спора, предложить клиенту наиболее выигрышный для него иск, первые средневековые доктора цель права усматривали в раскрытии его принципиальных основ, упорядочении и устранении выявленных противоречий. В частности, известный поздний глоссатор Ацо, рассуждая о значениях слов «доктрина» и «догма» в Дигестах и Кодексе Юстиниана, определил доктрину как учение, «объявленное устами знатоков». Учение или искусство глоссатор, со ссылкой на Порфирия, назвал «ограниченным учением о безграничном, именуемое от (глагола) *artare* (ограничивать, сжимать)», причем ограниченным с помощью таких методов, как определение, обобщение (индукция правил из отдельных случаев), деление понятий.

От древнеримских предшественников болонские доктора могли перенять функции по толкованию права и представление о принадлежности к особой профессии (корпоративный дух). В то же время не следует недооценивать заслуги глоссаторов по развитию правовой теории несмотря на ограничения Свода. Средством их преодоления стало расширительное и ограничительное толкование смысла «неудобных» фрагментов авторитетного текста. Причем если первые глоссаторы нередко изменяли смысл текста по неопытности, то поздние представители Болонской школы с конца XII в. зачастую шли на искажение смысла сознательно, т. е., по сути, занимались правотворчеством.

Важной особенностью теоретической юриспруденции стала ее аргументированность. Во-первых, толкуя сложный текст Свода, глоссаторы волей-неволей обращались к выяснению основ римского права, которые сами римские юристы не всегда раскрывали (см. мнения Нервы и Юлиана, D. 1.3.21; 1.3.20). Во-вторых, от умелого подбора аргументов зависел авторитет докторов среди коллег и практикующих юристов. Заслуги правоведов выражались в качестве их лекций и научных работ, знакомстве с материалом источников и толкованиями предшественников, а также в умении применить свое знание в процессе самостоятельного разъяснения текста.

Еще одним важным достижением на этапе формирования теоретической юриспруденции стало применение ее модели при толковании канонических текстов Священного Писания (Библии) и Священного Предания. Использование общей методологии дало сходные результаты. Наряду с наукой гражданского, т. е. римского, права возникла канонистика. С ее помощью Римско-католическая церковь начала активно использовать правовые средства для регулирования своей обширной юрисдикции и создала на Западе государство и право нового типа.

Хронологически первыми возникли доктрины римского (гражданского) права. Традицию написания «суммы» (упорядоченного сборника доктринальных положений) заложили болонские глоссаторы уже в первой половине – середине XII в. (в том числе анонимная «Сумма из Труа» (*Summa Trecensis*), Сумма к Кодексу глоссатора Плацентина, несколько позднее Сумма глоссатора Ацо и др.). К середине XIII в. наиболее важные доктрины глоссаторов обобщил в Большой глоссе Аккурсий. При правоведах школы комментаторов в XIV в. научные доктрины получили выражение в Комментариях к различным частям Свода Юстиниана и многочисленных частных «советах», экспертных заключениях Бальда и его коллег по запросам судебных инстанций и иных органов публичной власти.

Первым заметным достижением канонистики стал Декрет Грациана (ок. 1140 г.). Само его название («Согласование противоречащих друг другу канонов») указывало на использование составителем глоссаторской методологии для обобщения важнейших источников канонического права.

С середины XII в. доктрина канонического права получила бурное развитие в форме комментариев (лекций) к Декрету Грациана, т. е. после 1140 г. Наиболее известные комментарии составили Руфин Болонский (ум. в конце XII в.) и Гугуччо из Пизы (ум. в начале XIII в.). Со второй половины XII в. объектом изучения и комментирования стали также папские поста-

новления (декреталии), давшие название изучавшим их канонистам – «декреталисты». В их числе Бернард Павийский (сер. XII в. – 1213 г.), Раймонд Пеньяфортский (ок. 1175–1275 гг.), Синибальдо Фьески (папа Иннокентий IV, ок. 1195–1254 гг.), Энрико Сузанский (Остиец, ок. 1200–1271 гг.), а также Иоанн Андреа (ок. 1275–1348 гг.), Иоанн де Имола (Джованни Николетти, ок. 1370–1436 гг.) и Николо де Тудески (Панормитан, 1386–1445 гг.). Как и в случае с цивилистикой комментарию канонистов не только уточняли, но и развивали смысл авторитетного источника и тем самым способствовали развитию доктрины в изменяющихся социальных условиях. Так комментарии приобрели значение, сопоставимое с толкуемыми источниками, и в значительной мере определили содержание канонического права позднего Средневековья.

Доктрины феодального права разрабатывались учеными-юристами, получившими университетское образование, на основе местных обычаев Ломбардии и ленных конституций (нем. *Lehn*, фр. *fief* — условное землевладение) императоров Конрада II (1037), Лотаря III (1136) и Фридриха I (1158), собранных и прокомментированных стараниями Оберто дель Орто (сер. XII в.), Джакомо де Ардизоне (сер. XIII в.) и именитого глоссатора Франциска Аккурсия (ум. в 1263 г.). Именно благодаря записи, упорядочению, формализации и согласованию феодальных обычаев с общими доктринами «обоих прав» локальное феодальное право получило распространение за пределами Ломбардии.

Торговое право не стало основным объектом изучения средневековых ученых в силу его обособленности по субъектам, источникам права, судебным инстанциям и регулируемым отношениям. В комментариях университетских профессоров с XIV в. встречаются фрагменты, связанные с торговым правом. Обращение к *lex mercatoria*, по всей видимости, было взглядом на параллельно существующую, динамичную систему права, принципы и институты которой формировались независимо от прокрустова ложа Юстиниановых текстов. В частности, Бальд и канонисты подчеркивали ведущую роль принципа «купеческой справедливости» (*aequitas mercatoria*) в регулировании договорных отношений (прежде всего для признания обязательными правомерных соглашений, заключенных с серьезными намерениями, но без соблюдения каких-либо формальностей). Предметом научного изучения *lex mercatoria* становится лишь с XVI в.

Этап II. Возникновение научной доктрины как источника *ius commune* было обусловлено возросшим влиянием теоретической юриспруденции на действующее право в Северной Италии, а затем и в других регионах Западной Европы, прежде всего через использование научных теорий в правоприменительной деятельности. Проводниками такого влияния стали тысячи выпускников юридических школ и обширный глоссовый аппарат. Благодаря Ординарной глоссе Аккурсия у нотариусов, судей и юристов с университетским образованием появилось авторитетное справочное пособие, разъяснявшее текст Свода Юстиниана в контексте средневековой культуры.

В Северной Италии возникновение доктрины было связано не только с завершением теоретического осмысления источников римского и канонического права. К середине XIII в. четко обозначилась потребность итальянских городов-коммун в эффективной системе решения споров в условиях политических конфликтов, децентрализации власти, разрозненности источников права.

Единственной общей основой для городов-коммун в XIII в. мог стать глоссовый аппарат к источникам римского и канонического права при условии его практической адаптации для повседневных нужд населения и гарантий отлаженного механизма правосудия. Адаптацией научных теорий глоссаторов занялись представители школы комментаторов, о которой речь подробно пойдет в гл. 3. Надлежащее отправление правосудия гарантировали положения городских статуты, предусматривавшие ответственность судей за пристрастные и некомпетентные решения. Кроме того, во многих городах-коммунах Севера Италии с XIII–XIV вв. судьям предписывалось руководствоваться глоссовым аппаратом при разрешении споров, а

также предоставлялось право обращаться за экспертным заключением к докторам права и даже передавать им дела для вынесения решения.

В частности, статут города Вероны 1393 г. содержал следующее предписание: «Названный юрисконсульт обязан дать заключение согласно форме статута в следующем порядке: во-первых, на основании статута и обычаев города Вероны, а в случае пробела, по римскому праву и ординарным глоссам, одобренным Аккурсием, а в случае противоречий в них, пусть даст заключение по глоссе, которую одобрил Дин (итальянский комментатор, 1254 – ок. 1300 г. – Д.П.). И пусть юрисконсульт, давший совет вопреки указанному выше, несет ответственность и будет обязан возместить ущерб, издержки и убытки, доказанные перед подеста (городским главой. – Д.П.) Вероны или его заместителем...».

Судьи охотно пользовались правом обращаться за экспертным заключением к ученым экспертам, чтобы переложить на них труд исследования разрозненных источников обычного, городского, гражданского и канонического права, а также еще более объемных глоссовых аппаратов к ним. Тем самым открывался простор для доктринального толкования действующего права.

Практические цели деятельности комментаторов породили новые жанры юридической литературы – доктринальные комментарии к источникам *ius commune* и глоссам предшественников, а также многочисленные экспертные заключения (*consilia*) для судов. Известные юристы XIV–XV вв. оставили после себя объемные комментарии ко всему Своду Юстиниана, церковным канонам, папским декреталиям, а также тысячи *consilia*. Среди наиболее плодотворных: Бальд де Убальди (ок. 3000 произведений), Бурсат (ок. 1500), Корней (ок. 1200), Александр Тартаньи (ок. 1200), Краветта (ок. 1000), Бартоломео Бертаццола (ок. 500), Яков Менокий (ок. 400) и др. Благодаря деятельности комментаторов *ius commune* не только обрело законченное выражение, но и стало подлинным «правом ученых». Именно комментарии и экспертные заключения докторов права в значительной мере определяли понимание источников права в позднесредневековом обществе.

Возникнув в североитальянских университетах, «право ученых» изначально мыслилось универсальной системой для всего западного христианского мира. Универсализм, авторитетность, глубина содержания обусловили востребованность и распространение *ius commune* в различных регионах Западной Европы со сходными условиями развития. Распространение «права ученых» за пределы Италии началось прежде всего там, где благоприятную почву подготовили романизованная культура и деятельность первых университетов.

Этап III. Формальное признание доктрины *ius commune* в качестве универсального источника права предполагало не только ее высокий авторитет, но и достаточно четкие правила использования мнений юристов в светских и церковных судах. В условиях позднего Средневековья вновь стал актуальным древнеримский опыт издания «закона о цитировании», восходящий к известной конституции императоров Феодосия II и Валентиниана 426 г. Чем сильнее становилась государственная власть в позднесредневековых государствах Западной Европы, тем раньше она предпринимала шаги по упорядочению судопроизводства. Однако попытки такого рода не означали немедленного успеха.

Так, в королевстве Кастилии и Леона на исправление запутанной ситуации с цитированием «общих мнений докторов» была направлена прагматическая санкция (торжественный королевский указ) Хуана II от 1427 г., запретившая ссылаться на юристов, писавших после 1357 г. по цивилистике (год кончины Бартола) и после 1348 г. по канонистике (год смерти Иоанна Андреа). Более поздние трактаты считались ненаписанными.

Судя по всему, цитирование сомнительных мнений продолжилось, поскольку через полвека новую попытку упорядочить обращение к доктрине предприняли католические короли Арагона и Кастилии Фердинанд и Изабелла. Изданная ими прагматическая санкция 1499 г. предписала судам и адвокатам в гражданском праве следовать мнению Бартола, а если таковое

отсутствует, то мнению его ученика Бальда; в каноническом – Иоанну Андреа и Панормитану. Однако в отсутствие позиции двух авторитетных правоведов открывался простор для использования самых разных мнений докторов права. Эти правила действовали до 1505 г., когда первый закон кортесов в Торо (неоднократно подтвержден позднее) восстановил иерархию источников согласно кортесам в Алькале (1348) и предписал цитировать правоведов по правилам «Закона о цитатах» 1427 г.

В Португалии, централизованном к XV в. королевстве с однородным правом, использованию доктрины был посвящен ордонанс 1521 г., изданный королем Мануэлем с целью обобщить действующее территориальное право.

В Каталонии правила использования *communis opinio* устанавливались конституцией 1599 г.

В Италии процесс издания «законов о цитировании» начался позже ввиду политической раздробленности и укорененности «права ученых». Тем не менее и здесь с XVI в. появляются свои «законы о цитировании», ограничивавшие отсылки к *communis opinio*. Такова конституция от 26 февраля 1613 г. последнего герцога Урбино, Франческо Мариа II. Она прямо указывала судьям, какими источниками права следует руководствоваться при вынесении решений и приговоров. В гражданском праве главными авторитетами были избраны Бартол, Бальд и Паоло ди Кастро (1394–1441). Язон де Майно (1435–1519) признан лучшим наставником юристов после Аккурсия, а Александр Тартаньи (де Имола, 1424–1477) до начала XVI в. объявлен главным авторитетом для практикующих юрисконсультов. Последним в списке указан цивилист и декреталист Иоанн де Имола (ок. 1370–1436).

На большей территории Французского королевства в позднее Средневековье доктрине *ius commune* пришлось конкурировать не только с видоизмененным обычным правом, но и с сформировавшейся на его основе судебной практикой парламентов, а также с ее доктринальным изложением в работах судей и юристов-практиков.

Университетская наука во Франции не смогла установить прочных связей с практикой в силу различных причин. Вплоть до 1679 г. на юридических факультетах изучались гражданские и канонические источники и доктрины, но не действующее французское право.

Доктринальным осмыслением действующего французского права с помощью методологии юриспруденции *ius commune* занимались такие юристы-практики, как Шарль Дюмулен (1500–1566), известный адвокат парижского парламента, Бертран д'Аржантре (1519–1590), комментировавший обычаи Бретани, Рене Шопен – из региона Анжу, Ги Кокий (1523–1603) – из района Ниверне. Эти и некоторые другие юристы изучали опубликованные к XVI в. кутюмы и комментировали их, сравнивая с римским правом, другими обычаями Севера Франции и практикой высших судов королевства (парламентов).

Значение Парижского парламента, а также провинциальных парламентов для развития французского права при Старом порядке сложно переоценить. Начиная с XIV в. они играли заметную, а с XVI в. главную роль в развитии гражданского права, опираясь на свои суверенные привилегии, концепцию справедливости и научные доктрины итальянских бартолистов, используя для этих целей ограничительное или расширительное толкование кутюм и даже прямо изменяя их содержание посредством нормативных предписаний.

Правопорядки отдельных государств Священной Римской империи германской нации позже подверглись влиянию доктрины *ius commune*. В силу ряда причин доктрина сохраняла здесь значение источника права дольше, чем в любой другой крупной европейской стране. Ослабление имперской власти и прогрессирующая политическая раздробленность в позднее Средневековье и раннее Новое время лишали Священную Римскую империю сильной публичной власти, способной установить общегерманские нормы.

Политическая раздробленность обуславливала и децентрализацию судебной системы. К этому следует добавить, что авторитет судей подрывала их зависимость от местных князей-пра-

вителей, низкая чиновничья зарплата, а также более низкая (по сравнению с университетскими профессорами) компетентность в вопросах «права ученых».

Именно «право ученых» с начала рецепции римского права с конца XV в. и вплоть до конца XVIII в. в условиях партикуляризма права и правосудия оставалось единственной объединяющей силой. Кроме того, благодаря практическому характеру основного направления в юриспруденции в Германии и Нидерландах – «современного использования Пандект» (*usus modernus Pandectarum*) – университетским профессорам, юристам-практикам и судьям несложно было находить общий язык. Многие профессора одновременно исполняли обязанности судьи, адвоката или государственного чиновника. Судьи, в свою очередь, напрямую обращались на юридические факультеты за экспертными заключениями по сложным правовым спорам (нем. *Aktenverseundung*).

Развитие *usus modernus* ознаменовало начало формирования науки немецкого национального права, основанной не только на традиционных постулатах и методологии поздне-средневекового *ius commune*, но и учитывающей «современные обычаи» (в том числе новое законодательство). Благодаря тесной связи с современностью научная доктрина сохранила силу признанного судами обычая дольше, чем в какой-либо другой крупной стране Западной Европы. В землях центральной Германии (где не действовали Баварский гражданский кодекс 1753 г., Прусское земское уложение 1796 г. или ФГК 1804 г.) «право ученых» действовало до 1900 г.

Этап IV. После достижения апогея на этапе практического применения *ius commune*, влияние научной доктрины постепенно пошло на спад в последние два столетия Старого порядка. Причинами упадка доктрины, наряду с внутренними недостатками комментаторской юриспруденции (см. гл. 3), стало усиление королевской (княжеской) власти, ее вмешательство в правотворческую и правоприменительную деятельность, а также формирование и распространение в XVIII в. правовой идеологии Просвещения.

Крайне полезная в условиях политического и правового партикуляризма зрелого и позднего Средневековья самостоятельная и все более сложная научная доктрина оказалась помехой централизаторским устремлениям монархов и князей Западной Европы второй половины XVII–XVIII вв. По мере укрепления абсолютистского режима правления государи Нового времени, подобно Юстиниану и другим позднеримским императорам, старались поставить под контроль функции формирования права и толкования законов.

Одним из инструментов государственного контроля за отправлением правосудия стало формирование апелляционных судов и утверждение иерархии судебных органов. В централизованном Французском королевстве такие суды (парламенты) продолжали существовать с эпохи зрелого Средневековья. Однако к XVIII в. влияние их решений и численность судей заметно возросли. В Италии апелляционные суды (ит. *grandi tribunali*) создавались в столицах всех крупных государственных образований полуострова, в том числе во Флоренции, Генуе, Милане. Особое значение имел высший суд Папского государства (римская *Rota Romana*). В Германии апелляционные функции Имперского камерального суда переняли некоторые суды территориальных княжеств.

В разных странах Западной Европы в последние два века существования Старого порядка было составлено более тысячи сборников судебных решений. Однако их составление и распространение еще не стало делом государственного значения. Поэтому сборники различались по качеству подбора и стилю изложения материала и не всегда были доступны для современников.

К XVIII в. апелляционные суды приняли на себя роль толкователей права, оттесняя на второй план ученых-юристов в крупных западноевропейских странах, за исключением Германии. «Общим мнением докторов» стали доктринальные позиции, одобренные судебными

инстанциями, поскольку высшие суды рассматривались как авторитетные коллегии знатоков права, чей вес преобладал над мнением любого доктора права в отдельности.

В новых условиях научная доктрина или утрачивала значение источника права (некоторые «законы о цитировании» запрещали на нее ссылаться в судах, см. выше) или сохраняла обязательное значение только в случае признания судами.

Упадок доктрины *ius commune* усугубила идеология Просвещения. Как известно, французские просветители во главе с Ш. Монтескье придавали важное значение праву в деле преобразования общества, а ведущую роль в праве отводили закону. Закон же объявлялся результатом общей воли участников политического союза (нации) или их представителей, выраженной в «здоровых понятиях простого отца семейства»⁶. «Право ученых», полное юридических тонкостей и основанное на многословных толкованиях древних источников, являлось прямой противоположностью идеалу просветителей.

Кроме того, крайне важная для просветителей идея разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную не оставляла ученым-юристам возможности влиять на формирование права иначе, как через участие в работе законодательного органа в качестве представителей нации и разработчиков законопроектов.

Тем не менее к XVIII в. научная доктрина уже выполнила свою роль в развитии правовых институтов *ius commune*, заложив его прочную интеллектуальную основу.

Контрольные вопросы

1. Опишите характерные черты западной традиции права, сложившиеся в Средние века.
2. Что такое *ius commune* и каковы его основные компоненты?
3. В чем основные отличия обычного права от рационального права *ius commune*?
4. Отражает ли название «римско-каноническое право» содержание средневекового *ius commune*?
5. Что такое рецепция римского права? Как она связана с распространением *ius commune* в Западной Европе?
6. Какова роль научной доктрины в формировании *ius commune*?
7. В чем причины единства средневекового *ius commune*?
8. Охарактеризуйте основные этапы развития *ius commune* в Западной Европе.
9. Назовите главные тенденции развития договорного права в юриспруденции Западной Европы XI–XVIII вв.

Литература

- Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ, 1994.
- Виноградов П. Г. Римское право в средневековой Европе. М., 1910.
- Полдников Д. Ю. Основные этапы формирования современного понятия гражданско-правового договора // Цивилистические исследования: ежегодник гражданского права / под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. Вып. III. М.: Статут, 2007. С. 70–106.
- Томсинов В. А. Рецепция права // Общая теория государства и права: академический курс / под ред. М. Н. Марченко. В 3 т. Т. 2. М., 2001. Гл. 12. С. 293–314.
- Bellomo M. The Common Legal Past of Europe (1000–1800). Wash.: The Catholic University of America Press, 1995.
- Koschaker P. Europa und das romische Recht. 3. Aufl. München: Beck, 1958.

⁶ Монтескье Ш. О духе законов // Избранные произведения. В 2 т. / под общ. ред. М. П. Баскина. М., 1955. Кн. XXIX. Гл. XVI.

Watson A. Evolution of Western Private Law (Expanded Edition). Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001.

Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. 2nd ed. Atlanta; L.: The University of Georgia Press, 1993.

Wieacker F. A History of Private Law in Europe with Particular Reference to Germany / transl. from German by T. Weir. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Wieacker F. The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought // Boston College International and Comparative Law Review. 1981. Vol. 4. No. 2. P. 257–281.

Zimmermann R. Europa und das romische Recht // Archiv fur die civilistische Praxis. 2002. Nr. 202. S. 243–316.

Глава 2. Становление института договора в учении болонских глоссаторов

2.1. Общая характеристика Болонской школы

2.1.1. Упадок права в раннее Средневековье

Болонская школа глоссаторов стоит у истоков западной традиции права. Именно глоссаторы заложили основы той духовной культуры, которая кардинально изменила раннесредневековые представления западноевропейских народов о праве в целом и о договорном праве в частности и тем самым предопределила развитие юриспруденции стран романо-германской правовой семьи на долгие столетия.

В раннее Средневековье представления о праве определялись двумя различными традициями. Одна из них представляла собой вульгарное (народное) римское право романизированного населения бывшей Западной Римской империи. Другую принесли с собой германские племена. Обе традиции соответствовали историческим условиям примитивной духовной культуры и натурального хозяйства.

Вульгарное право зародилось в период кризиса Римской империи III в. и представляло собой «понятия и правила фактически действовавшего права, которые отличались от классической системы... Оно появилось дикоросом из судебной или частной повседневной практики» и стало массовым явлением после «разрушения опор классической юриспруденции» в правление императора Диоклетиана (Э. Леви).

Вульгарному договорному праву поздней Античности свойственны непоследовательное использование терминологии, размывание основных понятий права классического периода (контракта, «голового» пакта, стипуляции, каузы), бессистемность договоров и чрезмерное внимание к форме сделок.

В вульгарном праве Западной Римской империи IV–V вв. исчезла классическая, но так и не появилась собственная концепция договора, учение о договоре. Исказилось значение прежних терминов. Так, «контракт» в источниках поздней Западной Римской империи мог означать и источник обязательства, и акт передачи права собственности на товар (синоним отчуждения имущества), и предварительный договор, по которому должник обязуется передать залог в будущем, и заключение брака, и даже само обязывающее соглашение (сделки). Благодаря отмене формальностей при заключении вербального контракта стипуляции и ее превращения в долговой документ, она постепенно смешалась с простым соглашением (пактом) в письменной форме. Полностью был забыт прежний смысл «голового» пакта.

Об уровне упадка юридической техники красноречиво свидетельствует изданная в Западной Римской империи конституция 395 г. (Кодекс Феодосия 15.14.9), в которой без разбора перечисляются сделки, процессуальные действия; дарение, продажа, торжественно заключенные пакты, документы, поручения, брачный дар, аренда, залог и др.

С падением Западной Римской империи в 476 г. и образованием на ее территории варварских королевств римское право сохранилось как обычное право романизированного населения, их «личный закон». Практически полное исчезновение древнеримской юриспруденции привело к окончательному забвению концепций и правил классического периода. Однако именно «вульгаризация» сделала римское правовое наследие более удобным для восприятия в новых условиях и для потомков римлян, и для варваров.

Как точно отметил французский историк права Э. Глассон, германские племена поддались влиянию римской практики, а не науки. Принципиального различия между вульгарным позднеантичным и раннесредневековым римским правом не было. Имел место лишь прогрессирующий упадок юридической техники и ограниченное влияние германского племенного права и королевского законодательства на составление тех или иных записей «римского закона» для романизированных подданных в королевствах остготов, вестготов и бургундов конца V – начала VI в.

Материал раннесредневековых компиляций составители черпали из позднеантичных сборников императорских конституций или элементарных трактатов по праву (Институции Гая, реже Юстиниана). В частности, Кодекс Феодосия послужил для Бревиария основой «краткого изложения» римского закона, действовавшего в королевстве вестготов в правление Алариха (506). Его содержание составлено из фрагментов Кодекса Феодосия, новелл (новые конституции) позднеантичных императоров, Институций Гая, пяти книг сентенций Юлия Павла, 13 титулов Кодекса Грегориана, двух титулов Кодекса Гермогениана, фрагментов первой книги ответов Папиниана. Полный текст Юстиниановых Дигест и Кодекса, скорее всего, не был известен на Западе вплоть до возникновения Болонской школы глоссаторов в XI в.

Право германских племен в VI–X вв., по мнению большинства исследователей, еще не полностью выделилось из системы социальных норм (морали, религиозных представлений), основывалось на обычаях и рассматривалось как результат долгой неписаной традиции. Американский ученый Г. Берман даже ставит под вопрос само существование идеи права в раннее Средневековье.

Прочные родоплеменные отношения ограничивали возможности едва выделившейся публичной власти короля или князя вмешиваться в регулирование споров, а также препятствовали имущественному расслоению и развитию товарно-денежных отношений.

Социальные конфликты разрешались посредством кровной мести или переговоров между племенными группами на общих собраниях племени. Действия участников конфликта, по сути, являлись символическим продолжением кровной мести, ограниченной участием полноправных соплеменников. В то же время собрание не могло активно вмешаться в «судебную процедуру» и заставить стороны подчиниться принятому решению. Исполнение решений и договоренностей зависело от доброй воли участников спора.

Сохранившиеся варварские правды, хроники и другие исторические источники свидетельствуют о самом начальном периоде формирования у германцев идеи договора как источника обязательства, или инструмента, позволяющего сторонам установить по взаимному согласию такое отношение, по которому одна из них или они обе совершат определенное действие в будущем в виде имущественного предоставления или выполнения работы.

Высказанные учеными сомнения связаны прежде всего с социальным строем германцев, а также со структурой имущественных отношений и с порядком заключения договора. Действительно, в древнегерманском обществе индивид не был полностью самостоятелен, но рассматривался как член семейной группы. Не обладая личной свободой, германец не имел и частной собственности на наиболее ценные объекты (земля, дом, скот и т. п.), которые считались достоянием семьи или рода и потому в принципе не могли отчуждаться лицам из другого рода. Наконец, древнегерманское право признавало только формальные договоры, предполагающие либо передачу обещанного имущества, либо предоставление его стоимостного эквивалента.

Основное внимание во всех варварских правдах уделено обязательствам из правонарушений. Их явное преобладание над договорными обязательствами соответствует общему уровню правовой культуры германцев, у которых в раннее Средневековье идея частной мести очень медленно дополнялась идеей компенсации убытков потерпевшей стороне.

Использование латинского языка и латинской терминологии в законодательстве германских королевств и при составлении редких сохранившихся частных документов может сви-

детельствовать о влиянии вульгарного римского права на германское. Однако оно оставалось незначительным вплоть до возрождения научной юриспруденции в XII–XIII вв. Как правило, в латинскую терминологию вкладывался новый смысл. Так, термины *fides facta* и *res prestita* в тексте Салической правды (ок. VI в.) не имели аналогов в римском праве, *stipulatio subnixa* в лангобардских документах означала добавление к договору условия о неустойке, а *causa* в эдикте лангобардского короля Ротари (643) вовсе имеет три разных значения: подтвержденная сделка, основание для ордалии и сама ордалия.

В период раннего Средневековья обе правовые традиции смогли сохранить или выработать на практике отдельные виды сделок для регулирования договорных отношений. Однако ни одна из них не приблизилась к созданию теоретического учения о правовых институтах. Чтобы возродить учение о праве на Западе, потребовался мощный трамплин в виде текстов Свода Юстиниана, и прежде всего Дигест, наиболее полного из известных нам источников римского классического права.

С X–XI вв. в романизированных областях Апеннинского полуострова и Юга современной Франции наметился определенный прогресс в сфере изучения Юстиниановой компиляции. Именно в этот период в Италии было составлено «Краткое изложение (Брахилог) гражданского права в четырех книгах» по образцу Институций Юстиниана. Примерно веком позже на Юге Франции (регион Дофине, Баланс) некий Петр составил судебник – «Извлечения из римских законов» – с использованием Институций, а также фрагментов Дигест и Кодекса Юстиниана. Однако названные работы, по всей видимости, являлись результатом усилий отдельных эрудитов и канули в историю без заметных последствий. Лишь деятельность Болонской школы глоссаторов привела к масштабным и необратимым переменам в правовой жизни народов Западной Европы.

Научные доктрины глоссаторов разительно отличаются от всей предшествующей традиции изучения римского права. Они сложились в результате толкования авторитетного *текста* (Свода Юстиниана) посредством схоластической методологии в условиях особой профессиональной среды (специализированной правовой школы в Болонье). Профессиональное сообщество юристов стало питательной средой для возникновения и развития правовой науки, формирования общеевропейского права ученых (*ius commune*) и его распространения в XIII–XVIII вв. далеко за пределы Северной Италии. Большинство юридических факультетов средневековой Западной Европы следовали примеру школы глоссаторов и в организационном, и в научном отношении.

Учитывая значение школы глоссаторов для последующего развития юриспруденции, в данной главе дана подробная характеристика ее организационных и методологических основ, а также наиболее значимых жанров научной литературы.

2.1.2. Понятие университета и *studium generale*

В современном языке «университет» означает совокупность факультетов высшего учебного заведения (*universitas facultatum*), в котором представлены все области знания. Но в Средние века данное слово трактовалось иначе. В широком смысле оно обозначало объединение нескольких лиц, в более узком смысле – корпорацию, или юридическое лицо, т. е. представляло собой синоним *collegium* в римском праве. В XII–XIII вв. название «университет» указывало на объединение профессоров или студентов, а вне сферы обучения – на профессиональные гильдии и городские муниципалитеты. Причем данное слово использовалось не самостоятельно, а в сочетаниях «университет студентов», «университет профессоров и студентов». Лишь в силу исторической случайности «университет» стал обозначать особое объединение. Оно всегда указывало на лиц, а не на место, где лица находились.

Учебное заведение обозначалось в основном словом *studium*, реже *schola*. *Studium generale* означало учебное заведение, в котором принимают студентов из всех стран и городов, а не то, где изучаются все науки. Редкая средневековая *studium* включала все известные тогда факультеты.

Studium generale (иногда также *universale*, *commune*) стал общим термином с XIII в. В целом он обозначал школу со следующими признаками:

- 1) прием студентов из разных стран;
- 2) наличие хотя бы одного факультета, дающего высшее образование (теологии, права, медицины);

- 3) значительная численность преподавателей (*magister*) с правом преподавать в любой аналогичной школе. Титулы *magister*, *doctor* и *professor*, реже *dominus* (господин) в Средние века синонимы. Лишь в силу традиции одно из них употреблялось чаще другого. В Париже и Оксфорде, например, преподаватели факультетов теологии, медицины и искусств именовались *magistri*, канонического права – *doctores*. В Болонье преподаватели права носили титул *dominus*.

Наименование закреплялось в силу обычая (*ex consuetudine*), а не указания властей.

Лишь во второй половине XIII в. свобода основания *studium generale* была ограничена. Империя и Папство, осознав важность школ, стремились использовать их в своих интересах и оспаривали друг у друга прерогативу основывать новую *studium* или подтверждать существование уже возникшей. В 1291–1292 гг. даже старые университеты Болоньи и Парижа получили буллы Николая IV с формальным подтверждением их прав. С изданием булл были основаны университеты: в 1224 г. в Неаполе по указанию Фридриха II, в 1229 г. в Тулузе по указанию Григория IX, в 1244 г. при папском дворе Иннокентия IV. В виде исключения разрешение выдавал король (Испания, Франция), тогда учреждение называлось *studium generale respectu regni*.

В XIII в. университетами считались все учебные заведения с названием *studium generale*. Последнее (*generate*) указывало на признание диплома и права преподавать во всех аналогичных учебных заведениях без дополнительной проверки. Профессор, преподававший в одном из признанных *studium*, мог преподавать в любом другом *studium* (так называемый *ius ubique docendi*).

Что касается соотношения между *universitas* и *studium generale*, то первоначально обязательная связь между понятиями отсутствовала. Объединения профессоров или студентов образовывались до того, как *studium generale* стало общеупотребительным. Они существовали даже там, где *studium* никогда не возникало. *Universitas* первоначально обозначало гильдии преподавателей или студентов, образовывавшиеся спонтанно, без чьей-либо санкции, как часть общего движения в городах того периода. Помимо Болонского и Парижского – двух великих прототипов средневековых университетов – все остальные *studia generalia* основывались выходцами из первых двух, волей-неволей повторяя их порядки. В результате *universitas* студентов или преподавателей стала неотъемлемой частью *studium*. Так постепенно *studium generale* стало означать не только школу с правом *ubique docendi*, но и определенную организацию преподавателей и студентов, а также известный набор привилегий. К XV в. различие между двумя терминами стерлось и они стали синонимами.

2.1.3. Причины возникновения Болонской школы

Споры о причинах возникновения Болонской школы или о возобновлении изучения римского права ведутся давно, но не дают однозначного ответа. Современные тенденции таковы: возрождение юриспруденции воспринимается как часть общего «научного ренессанса» XII в. Это сложная тема, заслуживающая отдельного исследования. Мы же ограничимся лишь общими замечаниями.

Со времен выхода в свет «Истории римского права в Средние века» великого немецкого правоведа XIX в. Ф. К. фон Савиньи (первое издание в 1816 г.), ученые признают, что Болонская правовая школа возникла не вдруг, а в силу комплекса объективных потребностей, которые во многом совпадают с теми, что привели к началу активной рецепции римского права в Западной Европе.

Одной из главных причин исследователи традиционно считают экономический подъем ломбардских городов, вызвавший практическую потребность в качественно ином правовом регулировании. При этом чаще всего добавляют, что в отличие от римского германское обычное право (в том числе лангобардское) не подходило для регулирования усложнявшегося товарно-денежного оборота. Данная причина, безусловно, важна, но недостаточна. Средневековому обществу известны примеры удачного регулирования усложнявшихся имущественных отношений без римского влияния прежде всего в области торговых отношений и устройства городской жизни стран «по другую сторону Альп».

Далее, римское право всегда сохраняло высокий авторитет в средневековом обществе, а потому было важным источником аргументов в политической жизни того времени. Империя и папство стремились им воспользоваться и поощряли его изучение.

С практическими потребностями переплетались духовные. С этой стороны обращение к изучению римского права ученые представляют как последовательное выражение настроений средневекового общества, в котором «поднялся вкус к мирным занятиям».

Известную роль мог сыграть субъективный фактор – талант Ирнерия и оказанная ему поддержка тосканской графини Матильды. Наконец, не следует забывать об удобном географическом положении Болоньи в центре Ломбардии, наиболее развитого и населенного региона на севере Италии.

В результате переплетения самых разных причин римское право превратилось в сознании западноевропейских интеллектуалов в «писанный разум», толкование которого возможно только из него самого и которое содержит все необходимое, избавляя юриста от «изобретения колеса».

2.1.4. Вехи истории Болонской школы

В Болонье (как и во многих городах Италии) издавна существовала школа свободных искусств, где ученики в виде дополнительных занятий к курсу риторики изучали римское право (судебное ораторское искусство). Она могла стать основой для возникновения *studium generale*, где начали преподавать глоссаторы.

О школе глоссаторов нам известно сравнительно немного. Современных ей письменных свидетельств практически не осталось, а поздние не внушают доверия.

Впервые отдельным преподаванием римских законов, очевидно, занялся некий болонец по имени Пепо, упомянутый в документе 1076 г. под именем *legis doctor*. Исследователи отождествляют его с различными историческими личностями. Одофред в комментариях к D. 1.1.6 воспользовался возможностью рассказать слушателям, что когда-то прежде в Болонье «некий господин Пепо по собственной инициативе начал читать законы (т. е. объяснять их. – Д.П.), однако не прославился своим учением. Господин Ирнерий, прежде преподававший свободные искусства, принялся самостоятельно (т. е. без учителя. – Д.П.) изучать наши книги (рукописи Дигест. – Д.П.), когда их привезли в этот город; изучая их, он начал преподавать, заслужил широчайшую известность и стал основателем нашей науки. И поскольку он первый стал составлять глоссы к вашим книгам, мы его зовем светочем права»⁷. Однако деятельность Пепо успеха не имела.

⁷ Цит. по: Tamassia N. Odofredo. Bologna, 1894. P. 88.

Действительное начало Болонской школы связано с именем Ирнерия (ум. после 1125 г.). Этот преподаватель школы свободных искусств (по собственной инициативе или чьей-то просьбе) занялся чтением Дигест и пояснением отдельных фрагментов с помощью диалектического (схоластического) метода. Таким образом он приобрел репутацию «легиста» (*doctor legum*, знатока римского права) и согласно укрепившемуся преданию в 1088 г. по просьбе тосканской графини Матильды организовал устное преподавание. В хронике аббата Буркхарда Уршпергензского (Urspergense) читаем: «во время правления императора Лотаря господин Вернерий возобновил изучение правовых книг, которые прежде находились в забвении и никто их не изучал, по просьбе графини Матильды...» (MGH, Scriptores, XXIII. P. 32). Подобное начало Болонской школы весьма вероятно. Матильда, правительница Тосканы и части Ломбардии, считалась сторонницей папы в его борьбе за инвеституру, а потому была против приглашения в свои суды легистов из г. Равенны, традиционно поддерживавших императора, и стремилась учредить в Болонье школу права, где могли бы обучаться юристы, преданные папству. В конце своей жизни Матильда получила от императора Генриха V должность наместницы Италии и, очевидно, перешла на его сторону. Год 1088-й принято считать годом основания Болонского университета.

Вплоть до середины XII в. Болонская школа свободных искусств еще пользовалась большей известностью, чем школа права. Впрочем, по последним данным, постоянное преподавание в г. Болонье прослеживается только с 1140 г. и связано с деятельностью четырех докторов, предполагаемых учеников Ирнерия: Булгара, Мартина, Гуго, Якова. Быстрому росту авторитета Болонской правовой школы способствовало мастерство ее преподавателей и выгодное географическое положение города, а также покровительство германских императоров, прежде всего Фридриха I Барбароссы. Императоры (как и папы) были заинтересованы в поощрении занятий римским правом, на авторитет которого можно было всегда опереться в политических спорах той эпохи. Участие докторов в Ронкальском сейме 1158 г., урегулировавшем отношения Империи и ломбардских городов, и предоставление первой подлинной привилегии Болонской школе (конституция Фридриха I «Habita») означали ее официальное признание.

Со второй половины XII в. сохранились первые крупные работы глоссаторов – «Сумма из Труа» неизвестного автора, Сумма Кодекса (*Summa Codicis*) Рогерия, суммы Институций и Кодекса Плацентина.

В первой половине XIII в. школа глоссаторов переживала расцвет. В это время преподавали Ацо, Аккурсий, Одофред, Гуголин, создавались обобщающие произведения – Сумма Кодекса Ацо, Большая глосса Аккурсия. По свидетельству Одофреда, при Ацо в Болонье собиралось так много студентов из всех стран Западной и Центральной Европы, что иногда лекции приходилось читать на площади.

Профессора пользовались высочайшим авторитетом. Они носили титул *dominus* — «господин» (в отличие от *magister* у преподавателей школы свободных искусств), числились рыцарями, освобождались от налогов и военной службы и, даже если не родились в Болонье, получали все права граждан этого города. Многие из них принимали деятельное участие в общественных делах в качестве судей, магистратов или посланников.

В то же время наблюдались признаки застоя в научной деятельности. За век упорной работы накопилось огромное количество глосс к Своду Юстиниана (о понятии «глосса» см. далее в разд. 3.1). Тексты буквально тонули в глоссах. Страница рукописи Дигест обычно выглядела следующим образом: в центре крупным шрифтом в два столбца выписывался античный текст, а со всех сторон его обрамляли мелко переписанные глоссы. В такой массе становилось все труднее ориентироваться. Чувствовалась настоятельная потребность в создании обобщающего произведения, призванного облегчить работу с материалом. В этом заключалась одна из целей Ацо при составлении знаменитой Суммы Кодекса. Во введении он написал: «... поскольку часто случалось, что глосса заслоняла текст; и пока (удастся проследить ссылки) от

гlossы к glossе или к тексту... прилежный студент лишается желаемого результата; и нуждаясь в помощи gloss для уяснения сомнительных (мест. – *Д.П.*), (студент. – *Д.П.*) ищет объяснение на странице (рукописи. – *Д.П.*); оттого он очень часто попадает в лабиринт ошибок».

Смелая попытка преодолеть кризисные явления была предпринята Франциском Аккурсием. Он задумал и, что еще более удивительно, осуществил план «вечной glossы», в которой были аккуратно собраны все лучшие (на взгляд автора) glossы представителей Болонской школы, сопоставлены различные мнения и по возможности разрешены противоречия.

Среди причин, приведших к закату школы glossаторов, прежде всего следует отметить отказ от работы с первоисточниками. С разрастанием glossового аппарата студенты привыкли работать не с самим источником, а с glossами. Профессорам также составление собственных произведений показалось слишком утомительным, и они просто добавляли необходимые glossы со своим авторским знаком к уже написанным на данном манускрипте их предшественниками. Такой метод затруднял не только уяснение смысла текста, но и установление авторства – одной из самых трудных задач современных исследователей, занимающихся glossаторами.

Серьезным ударом по творческому потенциалу преподавателей стало подчинение коллегии профессоров городским властям путем введения оплачиваемых из городской казны должностей, установления допуска к преподаванию только для знатных и лояльных болонцев. Ущерб объективному толкованию источников наносило участие профессоров в политических спорах. С середины XIII в. школу glossаторов сменила школа комментаторов, или постгlossаторов, предметом изучения которой стал обширный glossовый аппарат, а не сами источники.

2.1.5. Организация

Ранняя история Болонского университета, совпадающая по времени с существованием школы glossаторов, не содержит ни малейших следов существования организации, подобной позднеболонской. Так, по дошедшим до нас сведениям, «Ирнерий и его современники были частными учителями, не принадлежали к какому-либо учреждению и не пользовались привилегиями».

Имеющиеся данные свидетельствуют, что вплоть до конца XII в. преподавание права проходило в форме персональных занятий профессоров (*doctores legum*) со студентами (именовались его товарищами – *socii*, иногда – *scholarii*). Труд оплачивался гонорарами по договоренности.

В 1155 г. император Фридрих I по просьбе четырех докторов даровал знаменитую конституцию «*Habita*», предоставлявшую некоторые привилегии и защиту иностранным студентам (свободно путешествовать по Европе под покровительством императора, подлежать исключительной юрисдикции болонских профессоров). Середина XII в. стала временем институционального оформления школы.

В последней трети XII в. наметилось противостояние городских властей и профессоров. Первые стремились навязать профессорам клятву не переносить школу в другое место. Профессора, в свою очередь, желали обусловить допуск к профессорским должностям сдачей специального экзамена и принадлежностью к их цеху (*collegium doctorum*).

Конфликты с городскими властями приводили к уходу профессоров и студентов в другие города (Виченца, 1204 г., Ареццо, 1215 г., Падуя, 1222 г., Неаполь, 1224 г.). Компромисс был достигнут только в 1250 г.

Организация Болонской школы состояла из корпораций профессоров и студентов. Первые объединялись в цехи «легистов» и «канонистов» (*collegium doctorum legum* и *collegium doctorum decretorum*), а цехи – в «объединения» итальянцев и иностранцев (*universitas scholarum citramontanorum* и *universitas scholarum ultramontanorum*, в котором состояли французы, немцы, англичане, испанцы, португальцы, венгры, поляки, богемцы, фландрийцы и

др.). Каждая *universitas* ежегодно избирала ректора и совет из различных национальностей, заведовавший вместе с ректором управлением и университетской юрисдикцией. Профессора (*doctores legentes*) выбирались студентами на определенное время, получали гонорар по условию и обязывались не преподавать нигде, кроме Болоньи. Таким образом, они зависели от *universitates*, будучи свободными лишь в руководстве занятиями студентов. Следовательно, профессора могли приобрести авторитет и влияние на слушателей исключительно своими личными качествами и педагогическими талантами.

В XIV–XV вв. были приняты Уставы школы (в 1317 г., 1347 г. и сохранившийся – в 1432 г.), определены полномочия ректора, профессоров, включены положения об экзаменах и библиотечном деле. Учебный процесс длительное время не был жестко регламентирован, поскольку профессора получали плату непосредственно от студентов. Оклад для всех преподавателей городские власти установили только в 1330 г. С этого момента к городу перешло право назначать профессоров и управлять университетом. К тому же к преподаванию стали допускаться только граждане Болоньи из знатных семей.

2.1.6. Учебный процесс

Болонский университет при глоссаторах – это юридический университет (*universitas legum*). Изучение римского права положило начало университету, принесло ему известность и оставалось главной сферой его деятельности на протяжении всего Средневековья. Изучавшие свободные искусства (философию) и медицину до XIV в. все равно считались студентами юридического университета. Цель преподавания состояла в том, чтобы объяснить содержание правовых источников и разрешить при помощи изученных норм споры, возникавшие на практике. Обучение проходило посредством лекций (*lecturae*) и обсуждений (*disputationes*). В дальнейшем возникли жанры правовой литературы с аналогичными названиями.

Предмет изучения изначально составляли Дигесты (разделены на древние, средние и новые), Кодекс, Институции Юстиниана. Примерно с 1270 г. к ним был добавлен сборник феодального права *Libri feudorum*. Изучение источников начиналось на лекциях («чтениях»), где их объясняли по частям (главам, параграфам), не меняя оригинального порядка изложения: вводные замечания, чтение источника и попутные замечания, указания на сходные и противоречивые фрагменты, разрешение противоречий, систематизация содержания, извлечение из текста аргументов для разрешения противоречий. Неплохое представление о плане лекций дает следующее изложение, приписываемое Одофреду или его ученику Пьетро Перегресси: «Во-первых, я кратко изложу содержание каждого титула, прежде чем перейти к чтению самого текста. Во-вторых, я как можно более ясно изложу суть каждого закона (в данном титуле). (Имеются в виду части (*leges*), на которые был разделен титул каждой книги. – Д.П.) В-третьих, я прочту текст, попутно делая замечания и исправления. В-четвертых, я кратко повторю содержание законов. В-пятых, я разрешу видимые (*apparent*) противоречия, прибавив к этому некоторые общие принципы, называемые *brocarda*, а также различия (*distinctiones*) или едва различимые и полезные правовые споры (*quaestiones*), возникающие на основании данного закона (фрагмента титула), (и предложу) их решение, насколько позволит мне божественное Провидение. И если какой-либо закон покажется заслуживающим повторения в силу своей известности или сложности, я оставлю его для вечернего повторения (*repetitio*)»⁸.

К 1252 г. сложился следующий порядок: выделены главные и дополнительные, или специальные, лекции. Главные лекции (*ordinarie*) – о старых Дигестах (*Digestum vetus*), Кодексе Юстиниана (*Codex*), Декрете Грациана, декретах Григория IX – проходили три часа в день и начинались в 6:00 или 15:00 шесть дней в неделю кроме четверга (если на неделе нет праздни-

⁸ Rashdal H. The Universities of Europe in the Middle Ages. Oxford, 1936. Vol. 1. P. 218.

ного дня). В это время никакие другие занятия не проводились. Полный курс длился более 200 лекционных дней: с 8 октября до конца августа. В течение учебного года были предусмотрены две недели пасхальных каникул. Курс обучения разделен на две части – «семестры» (*prima pars* и *secunda pars*). Лектор подготавливал список основных терминов, используемых при изложении материала, на 12–24 дня вперед. Специальные лекции (*repetitiones*) посвящались отдельным местам источников, нередко уже рассмотренных на главных лекциях, однако при этом аудитории задавались вопросы и приводились возражения. На таких лекциях могли присутствовать «гости». Обсуждения (*disputationes*) проводились по поводу определенных практических споров. Сначала их пытались решить студенты-участники, затем профессор объявлял и обосновывал свое мнение. Лекции и обсуждения долгое время проводились на дому у профессоров. Лишь во второй половине XV в. городские власти выделили специальные аудитории.

Общий срок обучения в Болонье не ограничивался. В конце XII в. он, как правило, составлял четыре года. Правила итоговой проверки знаний студентов формировались в течение всего срока существования школы глоссаторов. Выпускные экзамены были введены только на рубеже XII–XIII вв. В 1219 г. папа Гонорий III запретил преподавать в Болонье без сдачи основного экзамена коллегии профессоров под председательством архидиакона. В 1291 г. папа Николай IV выдал Болонье лицензию на преподавание права (*licentia ubique docendi*). До конца XIV в. сдача экзамена одновременно означала выдачу разрешения на преподавание.

Экзамен состоял из двух частей. Первая проходила за закрытыми дверями перед коллегией профессоров (*examinatio privata*), по итогам которой экзаменуемый принимался в профессорский цех. Вторая часть проводилась в присутствии всех студентов в местном соборе св. Петра (*examinatio publica*) и состояла в чтении лекции, ответах на вопросы слушателей и споров с ними.

На итоговом экзамене проверялось главным образом точное знание студентами «юридической Библии» Средневековья – Свода гражданского права императора Юстиниана, а также глоссового аппарата к нему.

История Болонской школы – это история изучения текста Свода, и прежде всего Дигест. Дигесты, упомянутые в последний раз папой Григорием Великим в 603 г., долгое время находились почти в полном забвении. Поэтому возрождение юридической науки начинают с «обнаружения» ок. 1075 г. рукописи Дигест в небольшом южноитальянском городке Амальфи. Ее называют *Littera Pisana*, или *Florentina*. Это – лучшая из немногих сохранившихся рукописей Дигест. До 1406 г. она хранилась в Пизе, затем, после захвата города флорентийцами, увезена во Флоренцию, где находится и поныне в библиотеке Medicea Laurenziana. На основе копии, снятой с этой рукописи, т. е. *Codex S(ecundus)*, и с помощью сопоставления с другими источниками глоссаторы разработали критический текст Дигест (*Littera Bononiensis*, или *Vulgata*). Современные ученые, впрочем, склонны понимать «открытие» рукописи в том смысле, что «книга открыта, когда ее начинают понимать» (И. Гете). Глоссаторы первыми стали понимать эти тексты, забытые на протяжении нескольких столетий ввиду своей сложности, и тем самым открыли их новому миру. В то время требовалось настоящее мужество, чтобы приступить к изучению Дигест без научного багажа и справочного аппарата.

В Болонье Свод получил дополнительное деление. Это свидетельствует о неодновременном появлении у глоссаторов всего текста. Весь Свод был разделен на пять томов (*volumina*). Дигесты подразделялись на три части, составлявшие первые три *volumina*:

- *Digestum vetus* (старые Дигесты). Кн. 1–24 до титула D. 24.2 *De divortiis et repudiis*;
- *Infortiatum* (средние) титул 24.3 – кн. 38 «*Tres partes*» — вторая часть *Infortiatum* с последнего абзаца фрагмента D. 35.2.82, начинавшегося словами «*tres partes*», и до конца кн. 38;
- *Digestum novum* (новые Дигесты). Кн. 39–50.

Подобное деление, скорее всего, имеет историческое происхождение. Очевидно, в Болонью попали сначала начальные книги Дигест («старые»), затем завершающие («новые») и, наконец, две части центральных книг (*Infortiatum, Tres partes*). Глоссаторы не придавали этому делению видимого значения. Возможно, оно закрепилось под влиянием переписчиков. Во всяком случае уже в конце XIII в., как полагает Г. Канторович, на этот счет существовали самые разные объяснения.

Четвертый *volumen* — первые девять книг Кодекса, которые для глоссаторов представляли собственно Кодекс, сохранившийся с раннего Средневековья. Когда стали известны последние три книги, они были включены в следующий, пятый и последний том под именем *Tres Libri*.

Пятый *volumen* объединял: 1) четыре книги Институций Юстиниана; 2) *Tres Libri* Кодекса; 3) Новеллы Юстиниана – сборник, получивший название Аутентики (*Authentica*). По преданию, его составил Ирнерий. Он выбрал из 134 переведенных новелл 97 наиболее важных и объединил их в девять сборников (*collationes*). Позднее появился десятый сборник книги (*Libri feudorum*). В него вошли оставшиеся Новеллы Юстиниана, а также некоторые конституции императоров Священной Римской империи, названные *extravagantes*. Пятый том, несмотря на разнообразное содержание, оказался по объему меньше остальных, за что и получил название «малого» (*volumen parvum*, или просто *volumen*). Иногда его также именовали *Authenticum*.

Все пять томов глоссаторы называли *Corpus iuris civilis*. Иногда их именовали просто *libri legales* (правовые книги, книги законов), чтобы кратко обозначить тексты, ставшие предметом изучения в курсе гражданского права. Например, известный канонист XIII в. Энрико Хостиенсис в предисловии к «Сумме Декреталий» (§ 7) утверждал, что «...юридическая мудрость заключается в 50 книгах Пандект (Юстиниана. – Д.П.), 4 книгах Институций, 12 книгах Кодекса, 9 сборниках Аутентик (Новеллы, Ломбарда. – Д.П.) и феодальных конституциях (*Libri feudorum*. – Д.П.)».

2.2. Схоластический метод толкования болонских глоссаторов

2.2.1. Диалектика как метод толкования

Метод глоссаторов ныне принято именовать «схоластическим» (от *schola*, школа), подчеркивая «ученический характер», преклонение перед авторитетами. В Средние века он назывался диалектическим, что соответствовало укрепившемуся в ту пору пониманию диалектики как искусства разрешения противоречий. Именно в этом смысле ее изложил младший современник Ирнерия Пьер Абеляр (1079–1142) в своем произведении «Sic et non»⁹.

Рассматриваемый метод опирался на элементы античной (древней) логики¹⁰. В целом он был разработан на рубеже XI–XII вв. и активно применялся сначала в богословии, а позднее и в праве. Он предполагал абсолютный авторитет определенного текста, в котором содержалась истина. Свод Юстиниана, в частности, получил название писаного разума (*ratio scripta*). Однако парадоксальным образом предполагалось, что в тексте могут быть лакуны и противоречия. Отсюда главная задача метода – закрыть лакуны, разрешить противоречия. Поэтому-то глоссаторы считали возможным дополнять и уточнять авторитетный для них законодательный памятник.

Применение диалектического метода отличает произведения глоссаторов как от римской юридической литературы, так и от раннесредневековых сочинений. Римские юристы избирательно применяли греческую логику для упорядочения права. В свою очередь, доболонская литература представляла собой остатки античного правового наследия, плод раннесредневекового образования («свободные искусства»). В ней встречались лишь разрозненные объяснения слов (получившие название «глоссы»), наивные этимологические определения или выдержки из ранних рукописей. Но даже по редким работам можно судить, что развитие шло по пути не казуистического анализа дел, а обобщения.

Глоссаторы первыми в Средние века обратились к организованному изложению материала и разрешению противоречий при помощи диалектики. Связь Болонской школы с диалектикой несомненна и прослеживается с момента ее основания Ирнерием, который, как известно, был *magister in artibus*, т. е. учителем свободных искусств. В рамках программы обучения семи искусствам логика (диалектика) изучалась до конца VIII в.

Диалектика применялась глоссаторами главным образом для установления соотношения между понятиями, построения определений и разрешения противоречий (в том числе в тексте Дигест). Использование данного метода позволило болонским профессорам создать прочную и ясную систему понятий. На этот «каркас» и опиралась их аргументация.

Диалектический метод – это необходимое условие их достижений. Он возвысил Болонскую школу среди прочих правовых школ, но и задал пределы ее развития. *Vetus logica*, которой пользовались глоссаторы, включала лишь основные элементы науки логики, почерпнутые главным образом из логических произведений одного из основателей схоластики – Боэция.

Аниций Манлий Северин Боэций (Boethius, ок. 480 г., Рим – ум. в 524 г., Павия) – римский христианский философ, переводчик и интерпретатор логических трактатов, представитель римской аристократии, служил консулом (510) и начальником канцелярии при дворе

⁹ Аверинцев С. С. Абеляр // Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 5; Там же. Схоластика. С. 666–667. Абеляр стал видным представителем первой средневековой схоластики, основанной на описанном в данном разделе методе. Обновленная, или *вторая*, схоластика возникнет в XVI в. См. разд. 4.2 наст. изд.

¹⁰ Здесь и далее диалектика и древняя логика (*vetus logica*) используются как равнозначные.

остготского короля Теодориха (522–523). В числе наиболее важных его диалектических произведений: «Четыре книги к трактату Аристотеля „О категориях“», «Комментарии к трактату Аристотеля „Об истолковании“», «Комментарии к „Исагоге“ Порфирия», «Введение в категорические силлогизмы», «Две книги о категорическом силлогизме», «Книга о делении», «Шесть книг комментариев к „Топике“ Цицерона», «Четыре книги о различных топиках».

Вплоть до позднего Средневековья произведения Боэция служили для Западной Европы связующим звеном с Античностью. В литературе его именуют «последним римлянином и первым из схоластов», даже «основателем средневековья». Несмотря на компилятивный характер логических произведений Боэция, глоссаторы именно его тексты избрали в качестве авторитетного источника своих знаний о *vetus logica*, и в своих глоссах ссылаются именно на Боэция, а не на Аристотеля, Порфирия или Цицерона.

Ко времени Абельяра канон *vetus logica* включал:

- пять предикатов (основных понятий, которые устанавливают отношение между понятиями безотносительно их значения);
- десять категорий (предназначены для упорядочения понятий по их значению);
- деление (методическое руководство по классификации понятий).

Сопоставив указанные выше главные достижения глоссаторов, мы увидим, что они основывались на учении о понятии, о соотношении между понятиями (на основе пяти предикатов), системе классификации понятий (делении) и определении.

2.2.2. Учение о понятии

В современной логике понятие – это форма мышления (мысль), отражающая в обобщенной форме предметы и явления действительности и связи между ними путем указания на общие и специфические признаки, в качестве которых выступают свойства предметов и явлений, а также отношения между ними¹¹. Понятия выражаются и закрепляются в словах и словосочетаниях, неразрывно связаны с ними, но не тождественны. Например, одно и то же понятие может выражаться разными словами и наоборот (синонимы и омонимы).

Для античной и средневековой логики «понятие» есть «слово», «речь» (*λόγος*), имеющее только объективное содержание и не нуждающееся в подробном пояснении. Затруднительно даже назвать слово, которым обозначалось понятие. В данном смысле древняя логика – это масса понятий без общего определения понятия.

Древняя логика различала содержание и объем понятия. Содержание, или совокупность существенных признаков предмета, раскрывалось в учении о категориях (см. подразд. 2.2.3). Учение о понятии концентрировалось на объемной характеристике понятия, т. е. множестве обозначаемых им предметов. Этому способствовало укоренившееся со времен Платона представление, что наука оперирует только общими понятиями. Чтобы «единичное» стало доступным уму, его требовалось обобщить. Поэтому единичные понятия зависели от общих, и в доктрине глоссаторов они не играли заметной роли (за искл. «римский народ» (*populus Romanus*) и «римская церковь» (*ecclesia Romana*)). Таким образом, в учении о понятии разрабатывалось соотношение между ними безотносительно их значения.

Различие между понятиями устанавливалось через их соотнесение с пятью предикатами: род (*genus*), вид (*species*), различие (*differentia*), свойство (*proprium*), случайные признаки (*accidentia*). Их перечислил Порфирий в «Исагоге» (введение к органону Аристотеля), а за ним Боэций. Эти «основные понятия» вначале не имели специального обозначения. У Боэция они – *res* («вещи»), с XII в. их стали называть *voces* (слова), а затем *predicabilia*, откуда произошло современное название «предикаты».

¹¹ Кондаков Н. И. Логический словарь. М., 1971. С. 393.

Наиболее важные предикаты, характеризующие понятия с точки зрения объема, – это род (*genus*) и вид (*species*) как целое и часть¹². Род и вид соотносятся как целое и часть в самом общем смысле, т. е. подразумеваются не составные части предмета, а нечто такое, что «целиком содержится в другом». Таким образом, вид содержится в роде. Оба предиката являются классами, только род состоит из разных предметов или более мелких классов, а вид включает только похожие предметы, различаемые числом. В этом проявляется характеристика вида с содержательной стороны: вид содержит все признаки рода, а также имеет некоторые особые признаки. По словам ученого VIII в. Алкуина, род – это именно то, что отличается от видов. Ту же мысль находим у Цицерона: «Род есть то, что включает в себя два вида или более, сходные между собой в известном общем признаке, но различные по признакам видовым».

Римские юристы при анализе правового материала часто различали род и вид, однако род они выделяли без учета подклассов, а вид в их понимании означал индивидуально определенные предметы, т. е. единичные понятия. Достаточно вспомнить деление вещей в римском праве на определенные родовыми признаками и индивидуально определенные.

Глоссаторы учитывали, что вид может обозначать и множество однородных предметов, и отдельный предмет. Как правило, они выстраивали логическую «лестницу» из общих понятий. Внизу этой «лестницы» находился класс, который являлся только видом, т. е. охватывал только отдельные предметы и не объединял никаких других подклассов, а на вершине – класс, который являлся только родом, т. е. охватывал подклассы и не входил в другие классы. Этот высший класс был категорией в смысле, который придавал этому понятию Аристотель. Между низшим и высшим классами находились такие, которые являлись родами для нижестоящих и одновременно входили как виды в вышестоящие классы.

«Лестница» классов позволяла глоссаторам более полно анализировать объем понятий; она легла в основу многоуровневого деления, сыгравшего определяющую роль в построении четких понятийных систем (о делении понятий см. подразд. 2.2.3). Поэтому глоссаторы могли называть, например, владение или иск и родом и видом (глосса к D. 41.2.3.21), и делать выводы, отсутствовавшие в Своде Юстиниана.

Сопоставление родов и видов по содержанию проводилось с использованием третьего предиката – «различие» (*differentia*). В специальном логическом смысле «различие» – это отличие рода от вида, видовые отличия (*differentia specifica*). Значение видового отличия проявлялось в том, что с его помощью обосновывалась принадлежность вида к роду (общие признаки, *differentia constitutiva*) и в то же время отличие вида от рода (видовые отличия – *differentia divisiva*).

При сопоставлении родов и видов учитывались только существенные признаки, однако ясные критерии «существенности» не смогли найти ни в Античности, ни в Средние века. Так, Фома Аквинский в комментариях к трактату Аристотеля «О душе» констатировал, что «начала вещей нам неизвестны».

Неясности понятия «сущность» соответствовала многозначность ее обозначения – *substantia*, *natura*, *essentia*, *esse rei*, *summa*. До XIII в. чаще использовали слово *substantia*, но затем его заменила *essentia*, чтобы избежать путаницы с *substantia* в смысле первой категории Аристотеля.

Глоссаторы попытались практически осмыслить предикат «различие» и понятие «сущность». «Различие» они отождествили с формой. Далее, на примере вида, рассуждения развивались так: поскольку предмет состоит из формы (в смысле «различия») и материи в ее особом качестве (отличном по форме от рода – *qualitas substantialis*), то сущность вида как раз будет состоять из сочетания особого качества (*qualitas*) с формой. В целом такое определение

¹² Аристотель. Первая аналитика // Сочинения. В 4 т. М.: Мысль, 1978. Т. 2. С. 120.

сущности вносит не больше ясности, чем диалектическое: сущность – это то, что составляет предмет, без чего он существовать не может.

В доктрине глоссаторов сущность приобретала практическое значение не чаще, чем у римских юристов, например *pactum de substantia, error in substantia*. В теоретическом плане болонские профессора ограничивались поверхностным употреблением *substantia* лишь в ряде случаев (противопоставление *substantialia* и *accidentalia* контрактов, т. е. сущностного и случайного).

Как и римские предшественники, глоссаторы ясно использовали только логическое содержание диалектики. Например, *substantia contractus* купли-продажи – это согласие сторон о предмете и цене. Если хотя бы одна из этих составляющих отсутствует или изменяется, исчезает «сущность» купли-продажи и контракт считается незаключенным, а не превращается в другой вид контракта, как того можно было бы ожидать в соответствии с онтологическим пониманием изменения сущности.

Не вполне четкими были также представления глоссаторов о двух последних предикатах – свойстве и акциденции. Свойство (*proprium*) – это случайные признаки, присущие всем предметам определенного вида. Таким образом, по своему объему «свойство» равнялось самому виду. При делении рода на виды «свойство» играло роль видового различия (*differentia specifica*), пересекаясь с предикатом «различие».

Предикат «акциденция» (*accidentia*) представлял собой остаточное понятие и охватывал все то, что не являлось «существенным» и не составляло «свойство» предметов. Глоссаторы понимали данный предикат как «явно случайное», отделимое от предмета без ущерба для его родовидовой принадлежности.

Ограниченность учения о понятии, воспринятого глоссаторами, проявлялась в двух главных аспектах. Во-первых, они не выделяли различные функции одного и того же слова. Общее понятие всегда обозначало только класс (множество предметов). Между тем в настоящее время считается доказанным, что общее понятие может указывать как на институт (например, государство), так и на определенный предмет (например, Россия). Речь в данном случае идет не о многозначности (например, право как правопорядок, как субъективное право, как указание направления и т. д.), а о различных функциях одного понятия.

Во-вторых, вслед за Порфирием, автором «Исагоги» (введения к «Органону»), глоссаторы были убеждены, что любой предикат связан только с одним субъектом (например, *S* есть *P*, «Сократ сидит»), тогда как в действительности нередко использовали множественные предикаты (например, «Гай должен Титу», где предикат «должен» предполагает связь между двумя и более субъектами).

2.2.3. Учение о категориях

Учение о категориях – это попытка расположить все понятия по их содержанию. Однако насколько их использование продуктивно в плане онтологии, настолько затруднительно в практике толкования правового материала. В целом учение о категориях соответствовало стремлению средневековых правоведов к систематизации и упорядочению. Кроме того, болонские профессора часто сталкивались с необходимостью упорядочить материал того или иного титула Дигест или Кодекса. Разумеется, это вызывало огромные трудности, поскольку составители указанных частей Свода Юстиниана не ставили перед собой такой задачи. Титулы Дигест – это сборник фрагментов из различных произведений юристов на общую тему. В Кодексе императорские конституции вовсе изложены в хронологическом порядке.

Уникальная попытка применить категории в праве принадлежит Ацо. В Сумме Кодекса он отождествил категории с предикатами, пытаясь таким образом сочетать установление связей между понятиями с классификацией их по содержанию: «Итак, чтобы охватить все эти тол-

кования как в вышеуказанных (вещах), так и во всех остальных, я выделяю десять предикатов, как это явственно могло бы следовать из сказанного и того, что еще предстоит сказать. Десять предикатов таковы: субстанция, количество, отношение, качество, действовать, претерпевать, иметь, где, когда, положение» (п. 9-19). Но попытка найти основание деления внутри самих предметов не нашла практического применения.

Диалектика не давала принципа деления материала. Этот пробел восполнила судебная риторика, предложившая внешний критерий. Так, Цицерон предложил делить изложение аргументов «от лица» (*a persona*) и «от вещи/от дела» (*a re/negotio*). Глоссаторы уточнили деление: от субъекта, от объекта и смешанно (*inspectio mixta*). Устоялся также и ряд из семи вопросов, отвечая на которые, юрист излагал нужный материал: *quis (persona) – quid (factum) – cur (causa) – ubi (locus) – quando (tempus) – quemadmodum (modus) – quibus adminiculis (facultas)?*» (кто (лицо) – что (факт) – почему (основание) – где (место) – когда (время) – каким образом (способ) – какими средствами (возможность))?

Несмотря на общую неприменимость в толковании права, учение о категориях все же оказало на него определенное влияние. Прежде всего оно укрепило саму идею упорядочения понятий по их содержанию. Далее, важное практическое значение имела идея о том, что категории – это высший род, т. е. выше категорий нет ничего¹³. Аристотель в «Метафизике» отмечал, что «бытие» имеет столько же значений, сколько существует категорий: «Следует ли считать началами первые роды или же те, что как последние сказываются о единичном?.. Если общее всегда есть начало в большей мере, то, очевидно, началами будут высшие роды: такие роды сказываются ведь обо всем. Поэтому у существующего будет столько же начал, сколько есть первых родов, так что и сущее и единое будут началами и сущностями...» Глоссаторы усвоили, что не существует некоего наивысшего рода (*summum genus*), который охватывал бы все классы. Перенеся это убеждение на толкование правовых понятий, они никогда не стремились свести все понятийные системы к одной-единственной категории. Наконец, с учением о категориях связаны такие важные логические правила, как непротиворечия и исключенного третьего.

2.2.4. Деление

Решающую роль в толковании римских правовых текстов для глоссаторов играло деление понятий или методическое руководство по их классификации.

Квинтэссенция толкования текста выражена в формуле, с которой глоссаторы нередко начинали комментарий того или иного фрагмента: «рассмотрим, что это такое и как оно подразделяется».

Боэций различал четыре вида деления:

- 1) деление рода на виды;
- 2) деление целого на составные части;
- 3) разграничение нескольких значений одного слова;
- 4) упорядочение случайных признаков по несущим их субъектам.

Первые два вида имели наибольшее значение. Смысл деления рода на виды (*divisio*) состоял в определении объема понятия. При этом признаки рода – всегда признаки входящих в него видов. Этим *divisio* отличается от деления целого на части (*partitio*): признаки целого не обязательно являются признаками его составных частей. Впрочем Боэций не всегда четко проводил данное различие и нередко *divisio* и *partitio* использовал как синонимы.

В некоторых случаях и у глоссаторов трудно разобрать: применено ли деление рода на виды или целого на части. Но иногда это имело важное значение. Так, если право народов и

¹³ Аристотель. Сочинения. В 4 т. М.: Мысль, 1975. Т. 1. С. 107–108.

цивильное право – составные части права в целом, то на них необязательно распространяется характеристика права как искусства о добром и справедливом.

Разграничение нескольких значений одного слова (*divisio vocis in significationes*) составляло задачу грамматики. Но данный вид деления важен и для диалектики, поскольку многозначность слов часто ведет к ложным заключениям. По этой причине, а также ввиду тесной связи первых глоссаторов с преподаванием свободных искусств, в число которых входила грамматика, они часто прибегали к делению значений слова.

В основе упорядочения случайных признаков по несущим их субъектам лежало деление на существенные и случайные признаки. Считалось, что только существенные признаки образуют отдельный вид предметов. Вместе с тем данное деление имело не логическое, а онтологическое обоснование, и потому мало интересовало Боэция и глоссаторов.

Основным у глоссаторов было деление рода на виды, т. е. *divisio* в узком смысле, или *distinctio*. Данный вид деления известен со времен Платона и активно применялся римскими юристами: от Квинта Муция Сцевола (D. 1.2.2.41), Цицерона и до составителей Свода Юстиниана. Таким образом, в распоряжении глоссаторов имелась масса примеров этого деления. Они продолжили и развили практику его применения, о чем свидетельствует появление самостоятельного жанра правовой литературы: трактаты, основанные на делении (*distinction*) (см. далее).

Римские юристы строили классификации для конкретных случаев (*ad hoc*) по заданным критериям. Такой подход позволяет создавать классификацию только там, где она нужна, для решения конкретной ситуации. Однако подобные классификации получались «открытыми», «дробными». Римский подход не мог привести к созданию исчерпывающей и общей классификации.

Глоссаторы скрупулезно собирали римские приемы и результаты деления. Но они активно и последовательно разделили даже те понятия, которые в римском праве делению не подвергались. В активе глоссаторов имелись следующие диалектические приемы *distinctio*:

- образование видов, находящихся в состоянии противоречия (дихотомическое деление).

В результате этого деления образуются два вида, один из которых обладает определенным признаком, а второй – лишен его. Примеры такого деления известны римским юристам (деление вещей на манципируемые и неманципируемые и др., например D. 41.2.3.22; Inst. 2.7 пр.; С. 7.31.1.5). Несмотря на очевидный изъян, глоссаторы часто использовали данный прием. Недостаток дихотомического деления заключается в том, что второй вид определяется через отрицание (неманципируемые вещи), а потому его не понять без положительно определенного вида (манципируемые вещи) либо без дополнения иными вариантами деления;

- образование противоположных видов. Это деление устраняет недостаток предыдущего приема, поскольку ведет к образованию двух видов, оба из которых определяются положительно, например римское деление вещей на телесные и бестелесные (Inst. 2.2 пр.-2). Вместе с тем оно также не совершенно, поскольку в отличие от дихотомического деления не исчерпывает объем делимого рода, т. е. не исключает возможность существования третьего вида – среднего между двумя противоположностями. К числу не выраженных в римском праве делений относятся, в частности, деление пактов на «голые» и «одетые», касающиеся существа (*de substantia*) или случайных (*accidentalialia*) условий сделки; на действительные и недействительные (*utilia vel inutilia*) и др.;

- трехчленное деление ведет к образованию двух противоположных видов, дополненных третьим, которому, однако, недостает позитивных признаков первых двух.

Стремление глоссаторов к полноте деления и очевидная невозможность разделить правовой материал на черное и белое обусловили активное применение данного вида деления.

Только дихотомическое деление полностью исчерпывает объем делимого рода, но оно определяет лишь один вид из двух и к тому же мало соответствует естественному развитию

права, не считающемуся с правилами логики. В Своде Юстиниана и глоссах гораздо чаще встречаются другие варианты деления – по не исключаящим друг друга признакам, – ставившие проблему полноты деления. Полноту деления следовало доказать, а в противном случае внести дополнения. Внесение дополнений глоссаторы часто аргументировали тем, что в Своде Юстиниана указаны правила, а они добавили исключения. Так, Ацо в «Сумме Институций» отмечает, что иски бывают не только вещными или личными, как указано в Inst. IV.6.3, но и те, «которые называют смешанными, (то есть) и личные и вещные, например, о требовании наследства, о разделе наследства, о разделе общего имущества, установлении границ; и это не абсурдно найти некоторые (случаи), не вписывающиеся в правило».

В дополнение к правилу полноты деления глоссаторы стремились избегать пересекающихся по объему членов деления, т. е. имеющих общие признаки. При этом они использовали два способа деления:

- с использованием сочинительного союза «и». Так, упоминаемые в Дигестах цивильные и натуральные обязательства болонские профессора разделили на обязательства цивильные, цивильные и натуральные, натуральные;

- понятийную пирамиду. В этом способе одно деление подчиняется члену другого деления, а видообразующие отличия сочетаются. Преимущество понятийной пирамиды состоит в том, что она позволяет упорядочить самые разнообразные понятия. Глоссаторы развили это преимущество, строя с помощью дальнейшего подразделения (*subdivisio*) многоступенчатую пирамиду. Получалась довольно сложная структура, которая сама нуждалась в пояснении в виде дефиниций, примеров или того и другого.

Примеры пятиступенчатого деления можно встретить у Рогерия, Плацентина, Ацо и других авторов. Зачастую перечисление становилось настолько подробным, что занимало несколько страниц печатного текста. Так, «пирамида» способов приобретения права собственности из «Лекций к Институциям» Ацо (2.1.11) выглядит следующим образом: «Право собственности на вещи приобретается двумя способами: или по праву народов (1), или по цивильному праву (2). По цивильному праву – посредством приобретательной давности. По праву народов – двумя способами: собственность либо переходит к тебе от другого (1.1), либо начинается с тебя (1.2). Переходит к тебе либо в силу права (1.1.1), либо по решению судьи (1.1.2), либо по какой-либо сделке (1.1.3). В силу права, например, наследнику переходит наследство отца, не оставившего завещания (1.1.1.1)...».

В результате многоступенчатого деления образовывался каркас понятий, служивший пониманию нормы. Таким образом, деление имело смысл лишь тогда, когда указывало на видовые отличия, от которых зависит применение хотя бы одной нормы. Указание на связь между членом деления и действующей для него нормой лучше всего подтверждает, что деление имело практическую направленность, а не было простым логическим упражнением.

Наиболее впечатляющий результат деления, проявивший силу и слабость этого способа толкования, – древо исков (*arbor actionum*), составленное учителем Ацо Иоанном Бассианом и включавшее 169 исков, разделенных на 12 групп (на 121 преторских и 48 цивильных исков, которые затем подразделялись на вещные, личные и смешанные; простые, в двойном, тройном, четырехкратном размере; иски доброй совести и строго права; иски прямые и по аналогии и т. д.). Древо исков неоднократно дополнялось последующими юристами и все равно признавалось неполным.

Глоссаторы не раз обращали внимание на значимость деления, прежде всего в области дидактики, где оно позволяло наглядно представить непростой материал Свода Юстиниана. В области познания римского права активно использовалось правило, по которому нормы, относимые к роду, применимы и к его видам и подвидам. Не менее важно сформировавшееся убеждение, что нормы всегда имеют свое место в общей взаимосвязанной системе. Наконец, пределы деления – это пределы исследований глоссаторов. Они были убеждены, что деление

– единственное средство представить связи между понятиями. Следовательно, не охваченное делением не существует.

2.2.5. Определение

Переходя к учению об определении, мы опять сталкиваемся с различием средневековой и современной логики.

Напомним, что в античной и средневековой логике использовались только знаки естественной речи (слова и их сочетания). Искусственные символы (применяемые в синтаксических и семантических определениях) – открытие современной науки.

В самом общем смысле определение содержит сведения о значении слова. Сведения могут быть двоякого рода: либо пояснительного значения («слово X имеет определенное значение»), либо указательного («слово X должно иметь определенное значение»). В первом случае мы имеем дело с пояснительным, или аналитическим определением, которое относится к предмету (а не к знакам) и содержит утверждение, что предмет имеет определенные признаки (иногда его еще называют реальным, от лат. *res* — вещь). Во втором случае определение называется номинальным, или синтетическим, и поясняет знак, имя.

Синтетическое определение глоссаторам было неизвестно. Они пользовались аналитическим определением как для пояснения предметов (аналитическое определение в собственном смысле), так и для пояснения «имен». Таким образом, они различали виды определения не по способу, а по определяемому объекту («реальное», если определяется вещь, «номинальное» – если «имя», *nomen*).

Вслед за Боэцием глоссаторы понимали определение как анализ значения слова. Следовательно, такое определение является суждением и может обладать свойством истинности или ложности. Этим оно отличается от современного синтетического, или номинального определения, часто используемого в законодательстве. Синтетическое определение – это выражение воли законодателя («слово X должно иметь данное значение»), а воля не может быть ни истинной, ни ложной.

Средневековое определение отличалось и от римского. В Своде Юстиниана *definitio* — это либо краткое изложение судебного решения, либо установление законодателя, либо правовая норма. Ни в одном из указанных смыслов *definitio* никак не поясняет слово и не устанавливает его сущность. Глоссаторы знали о данном различии, но остановились на диалектическом понимании определения, предложенном Боэцием. Так, в ответ на известное предостережение Яволена об опасности определений в гражданском праве (D. 50.17.202) Аккурсий отметил: «определение, согласно Боэцию [имеется ввиду фрагмент Boethius. *De differentiis topicis*. I 1059 В], есть речь, указывающая на значение какой-либо вещи; здесь же [то есть в D. 50.17.202] говорится о кратком или обобщенном формулировании правила относительно нескольких разных вещей».

Боэций считал номинальное определение определением лишь в несобственном смысле. Как и Аристотель, он основное внимание уделял реальному определению, поскольку считал основной задачей определения как такового указать сущность предмета. Именно этим определение отличается от описания (*descriptio*), которое не указывает на существенные признаки предмета, а только на случайные.

О новом отношении глоссаторов к определениям свидетельствуют их комментарии к предостерегающим словам римского юриста Яволена: «Всякое определение в гражданском праве чревато опасностью, ведь редко когда оно не может быть опровергнуто» (D. 50.17.202). Глоссаторы не могли не обратить внимание на это предупреждение, но истолковали его в нужном для себя смысле. Так, в Глоссе Аккурсия к словам «*omnis definitio*» добавлено следующее толкование: «...но это сказано о поспешном и обобщенном объединении различных случаев в

одном правиле», т. е. опасность в гражданском праве проявляется прежде всего в формулировании кратких или обобщенных правил в отношении различных правовых ситуаций.

Аккурсий косвенно провел различие между определением и правилом (нормой). Следуя мнению Цицерона и Боэция, он отметил, что определение имеет онтологическое значение, а правило, наоборот, – нормативное. Именно с правилами юристу прежде всего приходится иметь дело.

Диалектика предлагала глоссаторам лишь общие правила построения определений. Номинальное определение строилось либо на пояснении незнакомого слова через знакомое, либо этимологическим путем. Как и римские юристы, глоссаторы часто прибегали к этимологическому определению, несмотря на то что оно не дает полного содержания понятия, т. е. не указывает на все существенные признаки. Такую склонность, очевидно, следует объяснять влиянием учения стоиков, известным в Средние века в переложении Августина, в соответствии с которым слова по природе должны соответствовать предметам, которые они обозначают. Например, крест (*crux*) – пояснял испанский богослов и ученый-энциклопедист Исидор Севильский в своих «Этимологиях», – звучит так жестко от жестокости казни на кресте, а роща (*lucus*) называется так, поскольку туда проникает мало света (*lux*). Этот же христианский мыслитель утверждал, что «без этимологии понимание действительности от тебя ускользает», но «зная происхождение слова, ты сразу же ощущаешь его силу» (I 7,1; I 29,2). Именно на «Этимологии» Исидора Севильского глоссаторы часто основывали свои пояснения. Например, Рогерий утверждал, что поручение называют мандатом, поскольку его как бы дают рукой (*manu*). В глоссе Аккурсия «пакт» выводится из слова «мир» (*pax*). У глоссаторов даже был особый термин – естественное значение (*naturalis significatio*). Напротив, Аристотель в произведении «Об истолковании» подчеркивал, что свои значения слова получили не от природы, а по договоренности между людьми.

Реальное определение, как учил Боэций, устанавливало сущность только общих понятий. Единичное служило предметом описания (*descriptio*), а не определения. Как известно, общее понятие состоит из признаков, общих с родом, к которому оно принадлежит, и особых, определяющих его видовое отличие. Выше отмечалось, что представления о существенном и несущественном в Средние века были неясными. В учении об определении Боэций также изложил метод поиска существенных и несущественных признаков лишь в общих словах. Следовало проводить пошаговый поиск видообразующих отличительных признаков предмета, отнимая один признак за другим и проверяя, сохранилась ли принадлежность предмета к роду. Очевидно, что высшие роды таким образом определить невозможно. Конечный результат определения – установление тождества между определяющей (*definiens*) и определяемой (*definiendum*) частями, например, в определении «пакт есть соглашение двух или более лиц», «соглашение двух или более лиц» (*definiens*) тождественно «пакту» (*definiendum*).

Правило тождества определяемого и определяющего тем более было важно для глоссаторов, поскольку римские юристы предлагали различные определения одного и того же понятия.

Как и остальные разделы диалектики, учение об определении несовершенно. В его основе заложен посыл об определимости любого понятия. В действительности правила определения работают только применительно к предметам, имеющим общие признаки. Живая речь содержит понятия, которые обозначают предметы без общих признаков, лишь сходные друг с другом. Пример такого понятия в быденной речи – слово «игра», в научной – «субъективное право». Такие понятия нельзя полностью охватить в определении.

В области определяемых понятий глоссаторы руководствовались нехитрыми правилами построения определений, создавали сравнительно простые определения сложных понятий и тем самым снижали их познавательную ценность.

Наконец, определения в глоссах уязвимы с точки зрения их целеполагания. Цель определения в диалектике – указать, чем является предмет, выделить его сущность. Однако зна-

ние сущности предмета – конечная цель науки. Наука стремится именно к раскрытию сути вещей. Все остальные вопросы второстепенны. Цель определения в правовой науке скромнее – пояснить предмет, задать отправную точку исследования. Установление сути предмета имеет смысл только в современном синтетическом определении, где неизвестное научное понятие разъясняется через известное бытовое. В аналитическом определении указывать на сущность – значит определять неизвестное через неизвестное.

Некоторые определения глоссаторов не имеют выраженной цели, а многие понятия вовсе не определены¹⁴. Например, согласие (*consensus*) регулярно присутствует в определениях пакта в качестве ближайшего рода, однако само понятие «согласие» нигде не раскрывается. В частности, Плацентин пояснял «согласие» через «соглашение», «поскольку никто не может договариваться сам с собой, поэтому нужно соглашаться, то есть соглашаться с другим».

Отмеченные недостатки диалектического учения об определении снижали ценность построенных глоссаторами определений. Очевидно, определение понятий глоссаторы воспринимали как дополнение к основной познавательной операции – делению.

Обзор применения диалектического метода свидетельствует о практической направленности исследований в работах глоссаторов. Из содержания древней логики они выбирали то, что считали нужным. Из основных разделов диалектики чаще всего они пользовались делением понятий на роды и виды путем построения понятийной многоступенчатой пирамиды.

Диалектический метод предоставлял глоссаторам некоторые преимущества по сравнению с римскими юристами. В частности, они превосходили своих предшественников по размаху классификации понятий. Г. Берман полагал, что средневековые правоведы достигли в этом уровня системности и абстрактности современной правовой науки благодаря «смешанному браку» римского права с греческой философией¹⁵. Немецкий же ученый Г. Отте, напротив, видел в произведениях глоссаторов лишь построение отдельных групп понятий, пока еще не всегда связанных друг с другом и с некой общей идеей¹⁶. Менее заметно преимущество глоссаторов в построении определений. В остальном же они выступали в роли учеников римских юристов, осваивали их наследие.

В то же время средневековая диалектика не была совершенным методологическим руководством. Упрощенный взгляд на сложную действительность ограничивал познавательные возможности глоссаторов. Стремление к классификации понятий в рамках многочисленных понятийных систем не следует смешивать со стремлением к обобщению и систематизации в широком смысле, свойственным лишь современной правовой науке. Толкуя римские правовые тексты, глоссаторы преследовали прагматичную цель – построить непротиворечивую аргументацию в рамках сконструированных сравнительно небольших понятийных систем.

¹⁴ Placentinus. Summa codicis. De pactis. Moguntiae (Mainz), 1536. P. 41.

¹⁵ Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ, 1994. С. 124, 138, 148.

¹⁶ Otte G. Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchung zur Methode der Glossatoren. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1971. S. 227–229.

2.3. Научное наследие болонских глоссаторов

Со дня основания Болонской школы в тесной связи с методом преподавания находилась правовая литература. Понять их друг без друга нельзя. Глоссы к различным частям Свода Юстиниана являлись ничем иным, как записанными лекциями. Каждому методическому элементу лекции соответствовал методический элемент глоссового аппарата.

2.3.1. Понятие глоссы

Исидор Севильский (ок. 570–636 гг.) и Алкуин (ок. 735–804 гг., деятель «каролингского возрождения») поясняли глоссу как «толкование одного слова или имени» (*unius verbi vel nominis interpretatio*). Связь литературы Болонской школы с лекциями отметил еще немецкий юрист, глава исторической школы права Ф. К. фон Савиньи. Он определил глоссы как «такие пояснения, которые юрист добавлял к своему экземпляру текста (части Свода. – Д.П.) с той целью, чтобы они сохранялись, переписывались и распространялись». Но Ф. Савиньи четко различал лекции и литературу, считая единственным объединяющим их фактором общность предмета (Свод Юстиниана).

Немецкий правовед Г. Канторович показал, что это справедливо главным образом для глосс Ирнерия¹⁷. В основном же, по его мнению, «глоссы выполняли тройную функцию: 1) конспекты для чтения лекций, 2) материал для составления систематических учебников (суммы), 3) комментарии к тексту для читателей»¹⁸.

Согласно преобладающей точке зрения сначала появлялись отдельные глоссы к тексту, затем они накапливались и по прошествии нескольких поколений преподавателей объединялись в «обширные комментарии, так называемые аппараты, к титулам и целым книгам», и наконец, Аккурсий создал аппарат ко всему Своду.

2.3.2. Методика чтения лекций

Представление о лекционной методике позволяет понять структуру глосс до их обобщения Аккурсием. Некоторые ученые пытались восстановить структуру лекций глоссаторов. Однако эту задачу осложняла проблема достоверности источников: чем позднее датировалось свидетельство, тем менее оно надежно.

Наибольшего доверия заслуживают следующие авторы и произведения:

- глоссатор Иоанн Бассиан – «Материал пандект» (конец XII в.), с 1484 г. публиковавшийся в приложении к «Сумме Институций» Ацо;
- известный канонист Энрико Хостиенсис (Henricus Hostiensis, или de Segusio), ученик Якова Бальдуини (XIII в.) – «Сумма к титулам декреталий» (ок. 1250–1253 гг.), издана в Лионе (1588);
- Пьетро Перегресси, ученик Одофреда и Якова Бальдуини – «Введение к лекциям по Digestum vetus».

Произведения Иоанна Бассиана и Пьетро Перегресси опубликованы в приложении к третьему тому многотомной «Истории римского права» Ф. фон Савиньи, которая на русский язык (кроме первого тома) не переведена.

¹⁷ Kantorowicz H., Buckland W. Studies in the Glossators of the Roman Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1938. P. 33.

¹⁸ Kantorowicz H. Note on the Development of the Gloss to the Justinian and the Canon Law // Smalley B. The Study of the Bible in the Middle Ages. 2nd ed. Oxford: Clarendon, 1952. P. 52–55.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.