

Д. Ю. Полдников

ИНСТИТУТ ДОГОВОРА

в правовой науке
Западной Европы
XI–XVIII веков

Учебное пособие

*Рекомендовано Учебно-методическим объединением
по юридическому образованию высших учебных заведений
в качестве учебного пособия
для студентов высших учебных заведений,
обучающихся по направлению «Юриспруденция»
и специальности «Юриспруденция»*



УДК 340.12

ББК 67.0

П49

В работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-0012, реализованного в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012–2013 гг.

Рецензенты:

д.ю.н., проф. *В.Г. Графский*; д.ю.н., проф. *Л.Л. Кофанов*;
к.ю.н., доц. *О.Л. Лысенко*

Полдников, Д. Ю.

П49 Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков [Текст] : учеб. пособие / Д. Ю. Полдников ; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». — М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. — 367, [1] с. — 300 экз. — INBN 978-5-7598-1028-5 (в обл.).

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.

УДК 340.12

ББК 67.0

INBN 978-5-7598-1028-5

© Полдников Д.Ю., 2013

© Оформление. Издательский дом
Высшей школы экономики, 2013

Оглавление

Предисловие.....	5
Список использованных сокращений.....	11
Глава 1. Феномен <i>ius commune</i> в правовой науке и праве Западной Европы XI–XVIII вв.	13
1.1. Особенности западной традиции права.....	13
1.2. <i>Ius commune</i> как общее право континентальной Европы XIII–XVIII вв.	18
1.3. Рецепция римского права, становление и упадок <i>ius commune</i>	25
1.4. Вехи развития института договора в XI–XVIII вв.	36
1.5. Эскурс: научная доктрина <i>ius commune</i> как источник права в средневековой Западной Европе.....	47
Контрольные вопросы.....	57
Литература	58
Глава 2. Становление института договора в учении болонских глоссаторов	59
2.1. Общая характеристика Болонской школы.....	59
2.2. Схоластический метод толкования болонских глоссаторов	74
2.3. Научное наследие болонских глоссаторов	91
2.4. Договорные теории глоссаторов	99
Контрольные вопросы.....	122
Литература	122
Глава 3. Договор в <i>ius commune</i> эпохи комментаторов	124
3.1. Становление общеевропейского права (<i>ius commune</i>) в средневековой Западной Европе	124
3.2. Вклад школы комментаторов в развитие правовой науки.....	129
3.3. Теории соотношения гражданского и канонического права.....	138

3.4. Основные положения договорной доктрины <i>ius commune</i>	144
Контрольные вопросы.....	169
Литература	169
Глава 4. Договор в европейской правовой науке XVI в.	171
4.1. Идеологические основы науки права XVI в.: гуманизм, Реформация и Контрреформация.....	171
4.2. Основные правовые школы.....	193
4.3. Развитие института договора в эпоху Возрождения и Реформации	214
4.4. Теории договорного права вторых схоластов.....	227
Контрольные вопросы.....	243
Литература	243
Глава 5. Договор в правовой науке XVII в.	245
5.1. Основные тенденции развития частного права в XVII столетии	245
5.2. Договорная доктрина <i>usus modernus</i>	271
5.3. Договорные теории нового естественного права	274
Контрольные вопросы.....	302
Литература	302
Глава 6. Институт договора в первых кодификациях гражданского права XVIII – начала XIX в.	304
6.1. Правовая наука в век Просвещения	304
6.2. Естественно-правовая теория Христиана Вольфа.....	312
6.3. Договорное право в учении Робера-Жозефа Потье	321
6.4. Основные кодификации гражданского права XVIII – начала XIX в.....	327
Контрольные вопросы.....	347
Литература	348
Заключение	349
Именной указатель.....	358
Предметно-тематический указатель	361

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.

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

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 неписанных 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.

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 догово-

ров, 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: C., 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»¹.

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

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. С. 25–28.

Средневековья, по мнению Бермана, складываются следующие основные черты западной традиции права:

- обособленность права от прочих социальных институтов;
- 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 права².

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

² Берман Г. Западная традиция права. М.: Изд-во МГУ, 1994. С. 25–27.

Таблица 1.1. Сопоставление обычного и рационального права

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

означали постепенное разрушение прежнего общественного уклада и появление отношений, неурегулированных обычным правом. Непригодность 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.

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 остров-

ной 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 правопорядков, 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 правопорядков 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 цивильном 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 северо-итальянским 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 (гражданское), каноническое и феодальное право (табл. 1.2).

Важнейшими элементами *ius commune* являются письменные источники римского (гражданского), канонического и феодального права и основанные на них научные доктрины. Содержание *ius commune*, главным образом, составляли гражданское 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 гражданского 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 гражданского права служили Дигесты, Кодекс, Институции и избранные Новеллы (так называемые Аутентики) Юстиниана (VI в.), собирательно именуемые в Средние века Сводом (т.е. полным собранием) гражданского права (*Corpus iuris civilis*).

В эпоху расцвета школы комментаторов (вторая половина XIII–XIV в.) источниками канонического права Римско-католическая цер-

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 феонов (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		

ковь 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*).

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 закона³, лаконичность резолютивной и мотивировочной части ответов юристов, обусловленной их высоким социальным статусом, поддержкой со стороны императоров и доверием населения.

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, декреталии), слились с ними воедино (и в цивильном, 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.

³ 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).*

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.

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 (цивильное) 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 «ре-

Учебное издание

Полдников Дмитрий Юрьевич
**Институт договора
в правовой науке Западной Европы
XI–XVIII веков**

Зав. редакцией *Е.А. Бережнова*
Редактор *Т.М. Ершова*
Художественный редактор *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка и графика: *С.В. Родионова*
Корректор *Е.Е. Андреева*

Подписано в печать 26.11.2013. Формат 60×88/16
Гарнитура Octava
Печать офсетная. Усл.-печ. л. 22,3. Уч.-изд. л. 20,1
Тираж 300 экз. Изд. № 1642

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
101000, Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: (499) 611-15-52

ISBN 978-5-7598-1028-5



9 785759 810285