

Д.Ю. Полдников (доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения)

Актуальность изучения научной доктрины в рамках курса истории государства и права зарубежных стран (на примере института договора в традиции *ius cottine*).

В современной России уже длительное время настойчиво звучат призывы реформировать юридическое образование и повысить качество подготовки будущих юристов. Одним из слабых мест многих студентов, на наш взгляд, является неспособность последовательно и обстоятельно аргументировать свою позицию. Причиной тому, как нам представляется, является нацеленность учебных программ на ознакомление обучающихся с содержанием нормативно-правовых актов и *недостаточное внимание к доктринальным основам права.*

Курс истории государства и права зарубежных стран, который автор ведет на факультете права НИУ ВШЭ с 2010 г., мог бы содействовать исправлению указанного недостатка, при условии известной корректировки учебной программы.

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. Огромный объем материала и широкие хронологические рамки вынуждают ограничиваться поверхностным освещением лишь самых основных институтов зарубежного права и государства. Такой подход, несомненно, формирует у студентов общее представление об основных тенденциях развития права, необходимое каждому дипломированному юристу. Однако оборотной стороной схематичного изложения материала является «выпадение» деталей сложного механизма правового регулирования. Между тем именно знание таких деталей, тонкостей делает юриста профессионалом высокого класса, ищущим не сходное в различном, а различное в сходном. В действительности, освоение современного позитивного права построено именно по такому принципу: после годового ознакомления с общей картиной исторического развития права и государства студент все остальное время обучения посвящает изучению деталей действующего национального права.

Явный диссонанс между детализированными курсами по отраслям действующего права и схематичным преподаванием истории государственно-правовых институтов не позволяет студентам понять действительное значение предшествующей традиции для объяснения современных доктрин и порождает неверное представление о бесполезности ее изучения.

Отчасти скепсис в отношении прошлого порожден общим развитием современного научного знания. Естественные (точные) науки порвали с античной и средневековой традицией еще на заре Нового времени, в эпоху т.н. научной революции, 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 современного и античного мира 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.

На фоне общих изменений в научной сфере юриспруденция, напротив, 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., то есть более тысячи лет назад! *Традиционализм*, как убедительно показал известный романист Ф. Шульц, считается одним из важнейших неписаных принципов римской юриспруденции, который во многом предопределил ее целостность, жизнеспособность и плодотворность².

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 получает 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 в России, где курс римского частного права

¹ Вебер М. Социальные причины падения античной культуры // Вебер М. Избранное. Образ общества. М., 1994. С. 448.

² По мнению ученого, традиционализм юриспруденции отражал одну из главных общенародных доблестей римлян – постоянство (*gravitas et constantia*) и фундаментальное убеждение в том, что право не может выполнять свои функции, если оно не постоянно. Schulz F. Principles of Roman Law. Oxford, 1949. P. 83-85.

преподается как введение в до сих пор не написанную теорию современного гражданского права³.

Однако не следует смешивать *традиционность* и *историчность*. Западная юриспруденция на протяжении всего своего существования оставалась не-, а даже антиисторичной. В Древнем Риме знатоки права, признавая авторитет Законов XII Таблиц, предавали забвению их устаревшие положения и признавали возможность отменять законы путем их выхода из употребления⁴. Первые средневековые правоведы обращались к Дигестам Юстиниана, как будто этот 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 пристального внимания правоведов к истории права, какой она была на самом деле, крайне редки, и по сути связаны с академическим интересом отдельных представителей гуманистической юриспруденции 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 развитие правовых доктрин, даже в том случае, если оно не осознается или не признается самими юристами. *Историко-правовая наука призвана выявлять и объяснять данное влияние и выражать его в соответствующих закономерностях.*

Разумеется, выявление закономерности – одна из сложнейших задач историко-правовой науки. История права, 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 концентрироваться на наиболее важных правовых институтах.* Необходима серия учебных пособий, *которые помогли бы студенту взглянуть «вглубь» истории правового института, последовательно проследить его формирование, не отвлекаясь на широкую панораму эволюции целого правопорядка.*

³ Впрочем, традиционализм свойственен 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. Англо-саксонское 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).

⁴ Сальвию Юлиану, юристу II в., приписывают слова: «Поэтому весьма правильно принято, что законы отменяются не только голосованием законодателя, но даже молчаливым согласием всех путем неприменения (desuetudo)» (D. 1.3.32.1).

Примером такого материала может стать учебное пособие по истории доктрины договорного права Западной Европы XI-XVIII вв., подготовленное автором настоящей статьи. Концепция данного пособия была одобрена в январе 2012 г. на заседании кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права НИУ ВШЭ. Главная идея пособия заключается в сквозном рассмотрении общих положений о договорах с момента формирования доктринальных основ *ius commune* до проведения первых кодификаций гражданского права на рубеже XVIII-XIX вв.

План пособия предполагает освещение развития договорных доктрин в хронологической последовательности, по столетиям. Договорные доктрины рассматриваются как неотъемлемая часть юриспруденции той или иной эпохи. Изложение основных положений договорной доктрины предваряется в пособии общей характеристикой условий развития юриспруденции, а также идейных и методологических установок правоведов

Изучение института гражданско-правового 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 юриспруденции в конце XI в. Следовательно, договорные доктрины дают репрезентативный материал, иллюстрирующий основные этапы и тенденции развития западноевропейской юридической науки.

Выбранные хронологические рамки учебного пособия (XI-XVIII вв.) в целом охватывают период возникновения, развития и распада «общеевропейского права» (*ius commune*) в странах Западной Европы. Речь идет о сложном и многоаспектном феномене правовой культуры, элементами которого являлись римское (цивильное), каноническое, феодальное право⁵.

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,

⁵ Иногда в понятие *ius commune* включают также торговое право. Однако источники права купцов (*ius mercatorum*), или торгового закона (*lex mercatoria*), занимали обособленное положение. Они не изучались в средневековых университетах и не оказывали значительного влияния на развитие юридической науки того времени. Причиной тому следует считать особый субъектный состав (купеческое сословие) и специфику торговых отношений, которые и обусловили самостоятельное развитие средневекового *ius mercatorum*. См., например, из последних работ: Robinson O.F., Fergus T.D., Gordon W.M. *European legal history: sources and institutions*. 3 ed.. London: Butterworths, 2000. P. 107. Наиболее авторитетные труды по *ius commune* не включают торговое право в основное значение данного понятия, но содержат раздел о торговом праве. См., например: Coing H. *Europäisches Privatrecht*. Bd. 1. *Alteres gemeines Recht*. (1500-1800) München: Beck, 1985. S. 3. 519-557.

которые ввиду своего значения нередко употребляются в литературе как синоним всего *ius commune*, что не вполне точно. Тесная связь между этими компонентами нашла отражение в особом термине – «оба права» (*utrumque ius*, дословно «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).

Источниками гражданского права служили Дигесты, Кодекс, Институции и избранные Новеллы (т.н. Аутентики) императора Юстиниана (VI в.), собирательно именуемые в Средние века *Сводом гражданского права* (*Corpus iuris civilis*).

Источниками канонического права в эпоху расцвета школы комментаторов (вторая половина XIII-XIV вв.) 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*).

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 феодов» (*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, во-вторых, ввиду регулирования узкой группы общественных отношений, связанных с феодальными наделами.

Однако основное внимание при изучении договора или иных институтов *ius commune* следует уделять не текстам источников, а их доктринальному толкованию научным сообществом. Причиной тому – уникальное значение доктрины для развития средневекового права с XII по XVIII вв.

В условиях слабой публичной власти и отсутствия централизованной судебной системы в странах средневековой Западной Европы научная доктрина стала главным движущим фактором

правового развития. Не случайно до сих пор пользуется общим признанием тезис Г. Бермана о юридической науке как одном из столпов всей западной традиции права⁶.

Зависимость между слабостью публичной власти (королевский, княжеской), децентрализацией судебной системы и появлением научной доктрины в качестве фундамента общего права подтверждается историческим опытом средневекового Английского королевства, где благодаря политической централизации после нормандского завоевания 1066 г. и деятельности общегосударственных судов с XIII в. общее право (common law) формировали не научные (университетские), а судебные доктрины, акты короля и парламента⁷.

В содержательном плане научная доктрина средневековых глоссаторов и комментаторов представляла собой особое искусство, помогающее разобраться в многообразии правовых явлений с помощью специальных методов позднеантичной формальной логики. По словам известного глоссатора Ацо (ум. ок. 1230 г.), доктрина есть систематическое изложение материала учеными, то есть юридическое искусство выводить из правил фундамент науки⁸.

Разработанные греческими философами приемы логики были прекрасно известны еще римским юристам со II-I вв. до н.э.⁹. Даже в конце XIX в. они считались смыслом юридического искусства¹⁰. Нововведением средневековых правоведов стало приращение доктринальной разработке источников права *самостоятельного значения*, расширение целей юриспруденции. Римские юристы стремились, прежде всего, найти подходящее решение правового спора, предложить клиенту подходящий иск для защиты своих интересов. Первые средневековые профессора (глоссаторы) видели цель своей науки в *систематизации доктрин* и в *устранении противоречий между ними*. Об этом, в частности, свидетельствует составление болонскими глоссаторами сумм (сжатого изложенного толкования) к составным частям Свода еще до практического применения его положений.

⁶ Американский историк права связал главный признак западной традиции права – резкое различие между правовыми и неправовыми институтами и учреждениями – с появлением в XII в. специального корпуса людей, которые занимаются правовыми действиями на профессиональной основе, проходят специальное обучение и развивают науку о праве. См.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. Пер. с англ. М., 1994. С. 25.

⁷ Наиболее кратко и четко об этом см.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Межд. отношения, 1999. С. 210-218.

⁸ Azo. Summa Institutionum. Ad Inst.1.1. 1564. P. 279. Рассуждая о доктрине, Ацо ссылаясь на древнегреческого философа-неоплатоника III в. Порфирия, известного благодаря «Введению в Категории» Аристотеля.

⁹ Например, по свидетельству Помпония, Квинт Муций Сцевола (ум. 88 г. до н.э.) упорядочил все гражданское право по родам (D. 1.2.2.41).

¹⁰ С.А. Муромцев в статье о смысле юридической догмы подчеркивал, что «догма ничего не исследует, но лишь определяет, описывает, обобщает, классифицирует с определенной практической направленностью – разъяснить юристу содержание закона, указать цель практике». Названные задачи догма решает через процессы описания, обобщения, определения и классификации правовых норм. См.: Муромцев С.А. Что такое догма права? // Юридический вестник. Издание Московского юр. общества. 1884 г. С. 759.

Научная доктрина *ius commune* прошла в своем развитии несколько **этапов**:

- 1) собственно возникновение теоретической юриспруденции в университетах Северной Италии в XII-XIII вв.;
- 2) начало практического применения доктрины и ее фактическое превращение в источник права;
- 3) формальное закрепление нормативного статуса доктрины;
- 4) постепенная утрата доктриной нормативного значения.

Исследование данных этапов – предмет отдельной статьи. Здесь мы ограничимся обзором основных событий в развитии научной доктрины.

На *первом этапе* (с XII в.) доктрина в университетах Северной Италии, а затем и в других регионах Западной Европы стала *средством переосмыслить и адаптировать источники права*. Средневековые юристы путем расширительного толкования лишили силы Юстинианов запрет толковать и комментировать его Свод¹¹, предписание считать императора единственным творцом и толкователем закона (С. 1.14.12.5). В глоссе к D. 1.3.12 Аккурсий сделал вывод, что «с господином императором следует советоваться (относительно толкования закона – Д.П.) в том случае, если бы он присутствовал». Юристы крепнувших городов на Севере Италии все чаще признавали императора Священной Римской империи «отсутствующим», дабы заниматься самостоятельным толкованием закона.

Свод Юстиниана, порожденный позднеантичным обществом Древнего Рима и Византии, необходимо было переосмыслить и приспособить к условиям средневековой Западной Европы путем толкования. Переосмысление в целом завершилось с составлением Большой глоссы Аккурсия (сер. XIII в.). Примерно в то же время был составлен полный глоссовый аппарат к главным источникам канонического права (к Декрету Грациана (сер. XII в.) и к папским декреталям).

Трудное переосмысление свода Юстиниана предполагало исследование его правовых оснований. Здесь глоссаторы также заложили новую для юриспруденции традицию. В Древнем Риме правоведы не стремились доискиваться до оснований правовых предписаний¹², а их ответы более напоминали изречения оракулов, в которых указаны фактические обстоятельства,

¹¹ В конституциях об обнародовании Кодекса (Deo auctore, § 12) и Дигест (Tanta, § 21) о введении в действие Кодекса Юстиниан прямо запретил «добавлять к этим законам комментарии... чтобы многословие толкований из-за путаницы не прибавило бы (к собранию) какое-либо позорное пятно» (Tanta, § 21).

¹² В Дигесты Юстиниана включены следующие характерные высказывания: Юлиан, D. 1.3.21: «Не для всего, что установлено предками, можно привести основание». Нераций, D. 1.3.21: «И потому не нужно исследовать основания того, что устанавливается; иначе было бы разрушено многое из того, что представляется определенным».

но не правовые обоснования¹³. Критика закона оставалась уделом историков и ораторов. И пример Цицерона – тому прямое подтверждение. Истоки юридической критики восходят к деятельности Болонской правовой школы, для представителей которой понять текст Свода значило найти для него обоснование (*ratio*). Так начался процесс рационализации права и Свод Юстиниана приобрел значение писаного разума (*ratio scripta*).

Составление ординарных, то есть общепринятых глосс ознаменовало собой завершение первого этапа развития доктрины.

Популярность теоретически осмысленного римского и канонического права сделала необходимой адаптацию «писаного разума» к практическим потребностям на *втором этапе* развития доктрины. В Северной Италии со второй половины XIII в. этой задачей занимаются комментаторы, или консилиаторы (от лат. *consiliare*, советовать). Благодаря многочисленным комментариям и «советам» Бартола, Бальда, Чино и многих других окончательно складывается правовая традиция *ius commune*, а научная доктрина приобретает значение источника права.

Поначалу доктрина начинает влиять на юридическую практику, и прежде всего, судебные решения, де-факто, в силу своей внутренней проработанности и авторитета профессоров. С XIII в. сложилось несколько красноречивых поговорок: «Чего не признает Глосса (Аккурсия), того не признает суд», «У кого нет (комментария) Ацо, тот не ходит в суд», «Не юрист, если не Бартолист (т.е. последователь Бартола)» и так далее.

В то же время в итальянских городах-коммунах возникает обычай, позволяющий сторонам и судье передать решение дела одному или нескольким правоведам¹⁴. Кроме того, городские статуты нередко предписывали судьям следовать «глоссам, одобренным Аккурсием» в случае пробелов в статутах и праве Юстиниана.

Влияние доктрины *ius commune* постепенно распространилось по всей Западной Европе в ходе т.н. «рецепции» римского права. Сначала романизированные регионы Западной Европы (Испания, Юг Франции), а затем и население северных районов (Север Франции, Германия)

¹³ Голландский ученый Л. Винкель, исследуя обоснованность ответов римских правоведов, резонно указал на лаконичный стиль мнений юристов, размытую концепцию обоснованности правовых заключений, редко выраженные обоснования. По его наблюдениям, даже слова “поскольку” и “ведь” в мнениях римских юристов чаще указывают на фактические обстоятельства, а не обоснование. (Winkel L. *Ratio Decidendi - Legal Reasoning in Roman Law* // Bryson W., Dauchy S. (ed.) *Ratio decidendi. Guiding principles of judicial decisions*. Vol. 1. Case law. Berlin, 2006. P. 9. Уместно вспомнить меткое высказывание Цицерона: «дом юриста – *оракул всего города*» (*De orat.* 1.200). Правда, по мнению испанского романиста М.Х. Гарсиа Гарридо, эти слова скорее указывают на высокий статус юриста, а не на стиль его ответов. См. Гарсиа Гарридо М.Х. *Римское частное право: Казусы, иски, институты*. Пер. с исп. Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 76. Сн. 1.

¹⁴ Для решения переданного профессорам на рассмотрение дела они временно наделялись полномочиями магистрата (должностного лица). Судья же был *обязан* вынести решение «в соответствии с мнением указанного правоведа». Юрист XIII в. Гильельмо Дуранте называл это «всеобщим обычаем Италии» (Guglielmo Durante. *Speculum iuris*. Venetiis, 1588. P. 766). Подробнее см.: Marongiu A. *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi* // *Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta*. Milano: Giuffrè, 1939. T.3. P. 441-464.

усваивают новый подход к праву и признают авторитет доктрины, нередко именуемой в научной литературе «*правом ученых*».

В частности, в Леоно-Кастильском королевстве основанные на римском праве «Семь Партид» (1256-1263 гг.) короля Альфонсо Мудрого приобрели значение официального вспомогательного источника права благодаря «Постановлениям кортесов Алькалы» (1348 г.). К «Партидам» надлежало обращаться в случае выявления пробелов в постановлениях кортесов и сборниках местных законов (фуэрос)¹⁵. Признание Партид субсидиарным источником права открыло дорогу для широкого использования доктрины *ius commune* в судах Пиренейского полуострова.

Даже в удаленной от средневековых научных центров *ius commune* Германии с конца XV в. постепенно распространяется письменная процедура рассмотрения дел по «праву ученых». Инициатива исходила от императора, реформировавшего Имперский камеральный суд (Reichskammergericht)¹⁶. В течение XVI-XVII вв. эти требования распространились на территориальные суды.

Судьи в германских землях, опасаясь ответственности за некомпетентное решение, нередко предпочитали обращаться за консультацией к знатокам права, поскольку судебное решение не могло быть признано некомпетентным, если оно следовало «общему мнению докторов права»¹⁷. Так возникла практика направлять сложные дела из судов на юридические факультеты (нем. Aktenversendung), наиболее известные профессора которых для целей рассмотрения таких дел образовывали «консультативную коллегия» (нем. Spruchkollegium).

Спрос на мнения знатоков права по всей Европе привел к резкому росту научной и научно-практической литературы. Необходимость упорядочить использование научной доктрины в судах, установив четкие правила цитирования авторитетных ученых, привела к формальному закреплению нормативного статуса «общего мнения докторов» на *третьем этапе* развития доктрины.

По иронии судьбы формальное признание доктрины совпало с ее кризисом. «Густые дебри» комментариев, высмеянные гуманистом Эразмом Роттердамским¹⁸, вызывали все большую обеспокоенность к концу Старого режима в Европе¹⁹.

¹⁵ Tit. 28, ley 1. Подробнее см.: Мартинес Ф. Когда Европа была единой. Общее право, стиль итальянский, стиль французский и кастильское приложение // Древнее право. 2005. № 2 (16). С. 157. Сн. 33.

¹⁶ Dick B. Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495-1555. Köln, 1981.

¹⁷ Dolezalek G. Herrschende Lehre (communis opinio) // Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Berlin, 1978. Bd. 2. Sp. 113-114.

¹⁸ Юристы «усердно катят Сизифов камень, единым духом цитируют сотни законов, нисколько не заботясь о том, имеют ли они хоть малейшее отношение к делу, громоздят глоссы на глоссы, толкования на толкования, дабы работа их казалась наитруднейшей из всех. Ибо, на их взгляд, чем больше труда, тем больше и славы». (Эразм. Похвала глупости. Гл. 51. Пер. с лат. П.К. Губера. М., 1960. С. 69).

Профессиональное сообщество попыталось выработать правила использования доктрины своими силами. В работах XVI-XVII вв. отмечается, что «общим» должно признаваться мнение шести или семи докторов «с более высоким авторитетом», причем данное мнение надлежало сопоставить с высказанными возражениями других докторов права. Таким образом, правила предполагали учет не только авторитетности ученого, но и аргументированности его позиции²⁰.

Однако предложенные правила не решили проблемы, так как сами стали предметом споров. Спорным оказывался нормативный статус выявленного «общего мнения» (достаточно ли одного мнения юриста для обоснования позиции или решения?). Кроме того, как всякая научная доктрина, общее мнение развивалось, распространялось и приходило в забвение. Теория отдельного правоведа могла стать общей, а затем уступить место другой. Многие «общие мнения» не становились общепризнанными и продолжали оспариваться.

Вмешательство законодателя лишь частично разрешило данную проблему. Опыт Испании и Италии показывает, что возврат к позднеантичной практике издания «законов о цитировании» мнений юристов не вел к упорядочению самой доктрины.

В частности, в Испании попытку упорядочить обращение к доктрине предприняли католические короли Фердинанд и Изабелла. Прагматическая санкция 1499 г.: в гражданском праве следовать мнению Бартола, а если такового 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 более или менее авторитетных и общих мнений. Новая попытка переломить плюрализм источников права предпринята первым законом кортесов в Торо (1505 г.; его положения подтверждались и в более поздних сборниках), который отменил прагматическую санкцию 1499 г. и восстановил иерархию источников согласно кортесам в Алькале. Закон Торо запрещал обращаться к римскому праву, но допускал цитирование правоведов по правилам «Закона о цитатах» 1427 г. Однако испанские суды продолжали руководствоваться доктриной вплоть до XVIII в. вопреки враждебному отношению к ней королевской власти.

В итальянских землях король Сардинии Виктор Амадей II Савойский (1720-1730) издал объемные законы, в которых решал различные сложные спорные вопросы, а также ограничил возможность адвокатов ссылаться на докторов и возможность докторов представлять свои

¹⁹ Так, изучавший право историк Людовико Антонио Муратори (1672–1750) жаловался, что «Кодекс и Дигесты стали крошечной сферой; другой, несравненно более обширной является сфера юриспруденции, которая поглотила свод законов, то есть к доктринам, содержащимся в своде законов Юстиниана, добавился густой лес (доктрин), порожденных мелочностью и неумеренностью юристов» (цит. по: Marongiu A. *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi*. // *Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta*. Milano: Giuffrè, 1939. Т.3. P. 454).

²⁰ Перечень правил мог превышать тридцать позиций. Подробнее о правилах определения «общего мнения» см.: Coing H. *Europäisches Privatrecht*. S. 124 ff.

мнения в судах. Для судей же он установил иерархию источников, во главе которой стояли королевские конституции, затем статуты и общий закон («общее право»). При этом запрещалось ссылаться на «любых авторов» (т.е. ученых), которые не основывают свои мнения на естественном разуме или разуме народов или на установлениях общего закона, или на решениях государственных судов королевства. В 1774 г. король обеих Сицилий Фердинанд I предписал судьям при вынесении решения «руководствоваться уже не одним авторитетом докторов, которые к сожалению, своими мнениями или изменили или затуманили смысл права, но прямо установленными законами королевства или общими законами»²¹.

Достигнув апогея своего влияния на этапе практической рецепции римского права (для романизированных областей Италии, Франции, Испании – XIV-XVI вв, для Германии – с XVI по начало XVIII вв.), доктрина вступила в полосу постепенного упадка в последние десятилетия Старого порядка (*четвертый этап*) не только ввиду отмеченных выше внутренних недостатков, но и в связи с формированием национальных государств, усилением вмешательства королевской (княжеской) власти в правотворческую (новые законы) и правоприменительную деятельность (система судов).

Судебная практика получила большой вес по ряду причин. Во-первых, в позднесредневековой Европе появилось несколько важных высших судов с полномочиями апелляционной инстанции (папская курия в Италии, парламенты во Франции, Имперский камеральный суд в Германии, верховный суд в Нидерландах, Грейфсвальдский суд в Швеции и др.). Компетентность судей таких судов и качество выносимых ими судебных решений было сопоставимо с заключениями знатоков права и нередко основывалось на научной доктрине. Во-вторых, решения высших судов приравнивались к решениями правителей, а потому должны были соблюдаться наравне с указами. В-третьих, распространяется практика издания сборников судебных решений, которая позволила нижестоящим судам и практикующим юристам знакомиться с позицией высших судов²².

В результате изменилась доктринальная оценка судебной практики. Представители школы современного римского права придали ей силу обычая (*vim consuetudinis*)²³. «Общее мнение докторов» сохраняло нормативное значение только в том случае, если оно повсеместно признано судами²⁴.

²¹ Цит. по: Marongiu A. Op. cit. P. 462.

²² Сборники судебной практики и экспертных заключений издавались в таких странах, как Италия, Франция, Испания и Португалия, Германия, Нидерланды, Шотландия. См.: Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte. Ed. H. Coing. Bd. 2. München: Beck, 1977 passim.

²³ Coing H. Europäisches Privatrecht. S. 125.

²⁴ Такого мнения придерживались известные правоведы Мевий, Лаутербак, Стрик. См.: Mevius D. Decisiones summi tribulatis regii, quod est Vismariae. 3 ed. Francofurti et Stralsundi, 1681. I. N. 13. Lauterbach. Collegii theoretico-practici. N. 58 ad D. 1.3: Stryk. Usus modernus. N. 13 ad D. 1.3.

Второй сокрушительный удар по престижу доктрины подготовила идеология Просвещения. Французские и немецкие просветители утверждали ведущую роль закона в системе права, поскольку именно он мыслился как выражение общей воли и реализация национального или народного суверенитета. Популяризированная Монтескье концепция разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную не оставляла места научной доктрине в системе источников права. Неприязнь просветителей к научной доктрине усугублялась ее связью с запутанной практикой судебных инстанций. В «Философских письмах» Вольтер гневно осуждал правовую систему, которая позволяла одно и то же деяние признавать правомерным в одной местности и осуждать в другой.

Кодификации национального права в XVIII в. разрушили еще одну опору европейской общности. Национальные кодексы и прочие законы заменили общие источники *ius commune*, национальные языки вытеснили латынь, поле деятельности ученых, практикующих юристов и судей замкнулось в границах юрисдикции отдельных государств.

Введение в действие кодифицированного нормативно-правового акта влекло за собой отмену прежних обычаев и доктрин Старого порядка и, следовательно, избавляло и судей, и адвокатов, и ученых юристов от необходимости обращаться к предшествующей традиции *ius commune*.

Во Франции принятый Национальным собранием Закон 16-24 августа 1790 г. обязал судей прямо указывать основания своих решений цитируя текст применяемого закона. Закон 27 ноября – 1 декабря 1790 г. учредил единую для всего королевства высшую судебную инстанцию – Кассационный трибунал (с 1804 г. суд), в решениях которого должны быть ссылки только на закон, но не на доктрину²⁵.

При введении в действие Прусского земского уложения (1796 г.) особым распоряжением было запрещено разрабатывать право посредством комментариев и «ученых софизмов» (в проекте уложения за это даже предусматривалась уголовная ответственность). Лишь в 1798 г. высочайше было разрешено судебное толкование²⁶.

Австрийский император Иосиф II (правил с 1765 по 1790 гг.) еще в ходе разработки гражданского уложения (кодекса) предписал профессорам не менять содержание юридических учебников без согласования с правительственной комиссией. Также была упразднена практика направления судебных дел в «консультативные коллегии» при юридических факультетах²⁷.

²⁵ Halpérin J.-L. The Court of Cassation in 19th-Century France and the binding effect of *rationes decidendi* // Bryson W., Dauchy S. (ed.) *Ratio decidendi. Guiding principles of judicial decisions*. Vol. 1. Case law. Berlin, 2006. P. 192 sg.

²⁶ Wieacker F. *A history of private law in Europe with particular reference to Germany*. by Tony Weir. Oxford, 1995. P. 263.

²⁷ Becker H.-J. *Kommentier- und Auslegungsverbote* // *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin, 1978. Bd. 2. Sp. 963, 967-968, 970.

Лишь в части германских земель, где не применялось Прусское земское уложение, Французский гражданский кодекс или Австрийское гражданское уложение, «право ученых» сохранило действие до вступления в силу Германского гражданского уложения в январе 1900 г.²⁸.

Кодификация законодательства, казалось, положила конец свободному развитию доктрины и навсегда лишила ее нормативного значения. Однако прошло не так много времени после введения в силу кодексов, как выяснилась неспособность законодателя урегулировать общественные отношения исчерпывающим образом и была осознана потребность в доктринальном толковании положений закона. Правда, в современных правопорядках романо-германской правовой семьи наиболее весомым является судебная интерпретация закона. Тем не менее, научное сообщество вернуло себе возможность свободного исследования источников права и незаменимую функцию формирования интеллектуальной среды права²⁹.

Изучение процесса возрождения научной доктрины в праве стран Западной Европы после кодификации – предмет отдельного исследования. В данной статье мы представили некоторые соображения о необходимости уделять больше внимания научной доктрине при изучении истории европейского права Средних веков и Нового времени.

Постижение доктрины как источника права – несомненно, сложная, но необходимая задача не только для преподавателей, но и для студентов юридических факультетов. Научные исследования студентов самых различных институтов романо-германской правовой семьи неизбежно приведут их к необходимости погрузиться в научную доктрину. Недавнее подтверждение тому – деятельность созданной в 2012 г. научно-учебной группы анализа правовой аргументации судебных решений в сфере исполнения договорных обязательств. В ее состав вошли преподаватели кафедры теории права и сравнительного правоведения А.М. Голощапов, Д.Ю. Полдников, И.А. Шаповалов и несколько студентов второго и четвертого курсов факультета права НИУ ВШЭ.

Сравнивая решения судов Российской Федерации с решениями судов Германии, Франции, а также Англии и США, студенты быстро отметили формальное, даже небрежное отношение отдельных российских судебных инстанций к обоснованию решений и гораздо более

²⁸ Еще в середине XIX в. Ф.К. фон Савиньи, разрабатывая систему современного римского права, называл «право ученых», или «право юристов» (нем. *Wissenschaftsrecht, Juristenrecht*) «особым видом правотворчества»: «...сословие (юристов) перерабатывает законодательство и способствует переходу такового в реальную жизнь». Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Пер. с нем. М.: Статут, 2011. Т.1. С.300-301.

²⁹ В качестве примера приведем лишь одно мнение, высказанное известным французским цивилистом Ф. Терре: «(Правовая) доктрина поистине незаменима: если с трудом можно представить себе правовую систему без законов или без обычаев, или без судебной практики, то совершенно невозможно вообразить юридическую систему без доктрины, поскольку именно от последней зависит осознание ее существования». Terré F. *Introduction générale au droit. Précis Dalloz*, 6ème éd., Paris: Dalloz, 2003. P. 159.

обстоятельный подход судов Германии и Франции к обоснованию принимаемых актов. Решения судов Германии и Франции, в свою очередь, также отличаются по стилю и объему обоснования.

Представляется, что ответ на вопрос о причинах столь заметных отличий в обоснованности судебных решений кроется прежде всего в доктринальных основах романо-германского права. Именно *доктрина* *формировала правовую аргументацию* с момента возрождения идеи права на Западе. И коль скоро аргументированность правовых позиций определяет компетентность юриста, знакомство с доктриной изучающему право нужно начинать как можно раньше и углублять его на протяжении всего срока обучения.