

Д.Ю. Полдников

доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат исторических наук

Научная доктрина *ius commune* как формальный источник права в Западной Европе в XII–XVIII веках*

*В статье исследуется научная доктрина *ius commune* как формальный источник права Западной Европы XIV–XVIII вв.: дается определение, проводится различие между доктриной и смежными понятиями, анализируются причины ее возникновения, приобретения и утраты нормативного значения, выявляется преемственность и существенные отличия по сравнению с современной концепцией научной доктрины стран континентальной Европы.*

Ключевые слова: научная доктрина, правовая теория, *ius commune*, право ученых, источник права, история права.

Дискуссии о понятии и значении научной доктрины

Научная доктрина, по общему мнению правоведов, является одним из важнейших факторов развития права стран романо-германской правовой семьи¹. Некоторые зарубежные авторы даже утверждают, что доктрина в смысле суммы юридических знаний, передаваемых правоведами студентам, составляет основу всей западной традиции права² и без нее невозможно вообразить саму правовую систему³, если, конечно, речь не идет об английском общем праве и связанных с ним правопорядках, где значение научной доктрины сравнительно невелико⁴.

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

¹ На это единодушно указывают признанные авторитеты в области сравнительного правоведения. См., в частности: Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. С. 105–106, Леже Р. Великие правовые системы современности. М.: Волтерс Клувер, 2011. С. 78–79, Цвайгерт К., КетцХ. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М.: Международные отношения, 2000. С. 110, 148, 209–210, 216–217.

² См.: Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ, 1994. С. 25.

³ «...поскольку именно от (доктрины) зависит осознание существования правовой системы». Terre F. Introduction generale au droit. Precis Dalloz. 6eme ed., P.: Dalloz, 2003. P. 159.

⁴ По оценке И.Ю. Богдановской, в последние годы позиции доктрины в английском праве не укрепляются. См.: Богдановская И.Ю. Источники права на современном этапе развития «общего права»: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 282.

Несмотря на высокую оценку научной доктрины, конкретное выражение ее значения остается предметом споров отечественных и зарубежных правоведов. Ясности не добавляют терминологические расхождения. Даже в современной российской теории права одни авторы используют как равнозначные термины «доктрина», «правовая доктрина», «правовая наука», «академическая наука»⁵, другие обосновывают обособленность научной доктрины и отделяют ее от науки⁶. В российских нормативных актах⁷ и правовых позициях высших судебных инстанций⁸ правовая доктрина и научная доктрина (наука) зачастую отождествляются. Спор о значениях доктрины восходит к дореволюционной литературе⁹, тогда как в советское время доктрину ассоциировали с правовой наукой или частью государственной идеологии¹⁰.

В зарубежной литературе стран континентальной Европы доктрина (фр. doctrine, ит. dottrina, реже нем. Doktrin), как правило, отождествляется с наукой права, наиболее авторитетными произведениями ученых-правоведов, оказывающими косвенное воздействие на судебную практику и законодательство¹¹.

В отсутствие легальной дефиниции и разногласий относительно сути доктрины в научной литературе предложены различные определения доктрины. Чаще всего под научной доктриной принято понимать либо систему взглядов и концепций по правовым вопросам в конкретных исторических условиях, которая получила широкое признание юридического сообщества и оказывает заметное влияние на практику в силу своей внутренней обоснованности, либо материальное воплощение таких концепций в научных трудах признанных специалистов в определенной области.

Ввиду длительной дискуссии о существовании и значении научной доктрины представляется уместным обратиться к истории вопроса, чтобы выяснить ее генетиче-

⁵ См.: *Богдановская И.Ю.* Прецедентное право. М.: Наука, 1993. С. 82; Проблемы общей теории права и государства: учеб. для вузов / под ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2004 (авт. гл. — В.В. Лазарев). С. 454 и др.

⁶ См.: *Бошно С.В.* Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 70—98; *Она же.* Форма права: теоретико-правовое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук. 2005. С. 291-292.

⁷ См., напр.: п. 4.2.5 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

⁸ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 17 января 2012 г. № 174-О-О; постановления Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П и от 14 июля 2005 г. № 9-П и отдельные акты федеральных арбитражных судов // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ См.: *Гамбаров Ю.С.* Курс гражданского права. СПб., 1911. Т. 1. С. 334; *Хвостов В.М.* Общая теория права: Элементарный очерк. М., 1914. С. 107-108; *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб., 1909. С. 298; *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности: СПб., 1910. С. 587 и др.

¹⁰ См.: *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. С. 41-42; *Зивс С.Л.* Источники права. М., 1981. С. 152, 161-162, 185 и др.

¹¹ См. относительно ведущих правоупорядков романо-германской правовой семьи: *Jestaz Ph., Jamin Ch.* The Entity of French Doctrine: Some Thoughts on the Community of French Legal Writers // Legal Studies. Dec. 1998. Vol. 18, Iss. 4. P. 415-437; *Braun A.* Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. № 26. P. 665-679; *Vogenaue S.* An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of Germany // The Cambridge Law Journal. 2005. Vol. 64. № 2. P. 481-500; *Idem.* An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. Vol. 26. № 4. P. 627-663.

ские признаки, обстоятельства происхождения научной доктрины, приобретения ею статуса формального источника права и целесообразность отделения от юридической науки. Этому и посвящена данная статья.

Учитывая верно подмеченные Ю.С. Гамбаровым кардинальные перемены в отношении к правовой (научной) доктрине на протяжении долгих столетий ее существования¹², необходимо особенно четко очертить предмет исследования с помощью нескольких важных различий.

Прежде всего отметим, что считаем научную доктрину самостоятельным правовым явлением, но, разумеется, не изолированным от прочих элементов правовой культуры. В своем основном значении доктрина ближе всего к устаревшему ныне понятию догмы права как результата описания, обобщения и классификации содержания закона с практической направленностью — «разъяснить юристу содержание закона, указать цель практике» (так называемое догматическое правопведение)¹³. Исторически оба термина употреблялись как синонимы. В то же время в российской и германской науке XIX в. догма теснейшим образом была связана с преподаванием, формированием основ юридического мышления¹⁴.

В то же время нам представляется необходимым отличать научную доктрину:

- от доктрины в общенаучном смысле, по сути лишенной правовой специфики, но иногда встречающейся в юридической литературе и нормативных актах¹⁵;
- от правовой доктрины как термина, обозначающего самый широкий спектр идей (юридическую науку в целом, господствующие представления о праве прошлого и настоящего, составной части государственной идеологии, бытие права и др.), связанных с правом, а потому по сути лишенного четкого значения¹⁶;
- от правовой науки как всей совокупности теоретических знаний о праве, возвышающейся над учебными и узкопрактическими задачами¹⁷;
- от судебной доктрины по формирующим ее субъектам, как правило, судьям высших судов при участии компетентных адвокатов, не принадлежащих к академической науке (пример английского common law);
- от экспертных заключений, составленных по отдельным практическим вопросам;

¹² См.: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. М., 1911. Т. 1. С. 334.

¹³ См.: Муромцев С.А. Что такое догма права? // Юридический вестник. Изд. Моск. юрид. общ-ва. 1884. С. 759.

¹⁴ См.: Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. СПб., 1911. Т. 1. С. 342; Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. 5-е изд. (1916) М.: Зерцало, 2003. С. 44, 48; Dernburg H. Pandekten. 7. Ausg. Berlin, 1903. Bd. 1. S. 1.

¹⁵ См., напр.: Доктрина информационной безопасности Российской Федерации, утв. Президентом РФ от 9 сентября 2000 г. № Пр-1895 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Попытки отдельных авторов придать правовой доктрине четкое значение пока не получили широкого признания юридического сообщества. См. серию публикаций А.А. Васильева: Правовая доктрина как источник права // Публично-правовые исследования (электронный журнал). 2012. № 2. С. 38—75; № 3. С. 27—53 // СПС «КонсультантПлюс». Судя по частоте встречаемости в актах российских органов власти и современных юридических публикациях, термин «правовая доктрина» пользуется большим признанием, чем термин «научная доктрина».

¹⁷ Смысл и критерии юридической науки, как и доктрина, являются предметом споров в дореволюционной, советской и современной отечественной теории права. См., среди прочего: Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. 2. С. 303—304; Казимирчук В.П. Право и методы его изучения. М., 1965. С. 10—11; Сырых В.М. Логические основания общей теории права: в 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 31—32.

• от принципов права, выражающих самые общие исходные начала правовой системы и нуждающихся в детализации для применения в конкретной ситуации.

В указанном смысле научная доктрина складывается в западноевропейских университетах уже в период Позднего Средневековья и существует под названием «общее мнение докторов (права)» римско-канонического *ius commune*. Однако между современной научной доктриной и общим мнением докторов *ius commune* есть одно важное отличие — признание последнего формальным источником права во многих странах континентальной Европы с XIV по XVIII в. (а в Германии в значении «право юристов» — до конца XIX в.)¹⁸.

Способность доктрины выполнять роль формального источника права издавна является одним из наиболее спорных вопросов в теории права. Общее мнение склоняется к укреплению научной доктрины в качестве основного связующего звена между юридической практикой и наукой права, призванной играть роль интегрирующей интеллектуальной основы для прочих источников (форм) права¹⁹. Статус формального источника права за мнением авторитетных ученых не признается де-юре ни в одной крупной стране Европы²⁰.

Попробуем разобраться, почему доктрина получила нормативное значение в период распространения в Западной Европе *ius commune* (лат. «общее право»), представлявшего собой результат адаптации теоретической науки римского и канонического права к потребностям средневекового общества и последующего применения теорий на практике в XIV—XVIII вв.²¹

Предпосылки возникновения научной доктрины *ius commune*

Возникновение научной доктрины как части средневековой науки, предназначенной для практического использования и востребованной на практике, было обусловлено успехами первых правовых школ Западной Европы — болонских глоссаторов (конец XI — первая половина XIII в.) и декретистов (вторая половина XII — начало XIII в.). Глоссаторы²² создали науку гражданского права как теоретиче-

¹⁸ О понятии «права юристов» см.: *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права. М.: Статут, 2011. Т. 1. С. 299-301.

¹⁹ См., к примеру: *Боино С.В.* Указ. соч. С. 294-299. В отношении европейских стран см. различные публикации лидера школы неопандектистов Р. Циммермана: *Циммерман Р.* Римское право и гармонизация частного права в Европе // *Древнее право.* 2005. № 1(15). С. 177-200; *Zimmermann R.* Die Europaisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung. Berlin, 2006. S. 10 ff; *Idem.* Das romisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europaischer Rechtseinheit // *Juristenzeitung.* 1992. № 47. S. 8-20 (с множеством ссылок на соответствующую литературу). О направлении неопандектистики см.: *Рудоквас А.Д.* Неопандектистика и европейское право (Вступительное слово к дискуссии) // *Древнее право.* 2005. № 1 (15). С. 146-155.

²⁰ В данной статье мы не касаемся международного публичного и частного права, где доктрина может признаваться вспомогательным правовым источником (например, ст. 38 Статута Международного Суда ООН) или «существенным подспорьем в формировании источников права». *Нешатаева Т.Н.* К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // *Вестник ВАС РФ.* 2000. № 5. С. 111.

²¹ Подробнее о начальном периоде *ius commune* см.: *Котляр И.А.* «*Jus commune*» как средневековая модель общеевропейского правопорядка (XI-XIV века): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 21 и сл.

²² Подробнее о школе болонских глоссаторов см.: *Полдников Д.Ю.* Договорные теории глоссаторов. М.: Академия, 2008. С. 59-78.

скую дисциплину. В отличие от древнеримских юристов, они не просто высоко ценили разработку абстрактных правовых концепций на основе Свода Юстиниана, но и считали это направление главной целью учения, или доктрины.

В частности, из рассуждений известного глоссатора Ацо (ум. ок. 1230 г.) следует, что смысл доктрины заключается в разъяснении правового материала с помощью таких логических методов, как определение (*diffinitio*), обобщение (индукция правил из отдельных случаев, *inductio, collectio*), классификация (в форме деления, *divisio*)²³. Таким образом, доктрина предстает совокупностью индуктивно полученных суждений об отдельных случаях. Ее задача — образовать понятия, установить соотношения между ними и произвести из понятий правила.

Как известно, глоссаторы завершили теоретическое переосмысление источников римского права в контексте средневековой духовной культуры, создав обширный справочный аппарат к Своду Юстиниана, прежде всего Большую глоссу Аккурсия (сер. XIII в.). В то же время они оставались учеными и преподавателями юриспруденции²⁴.

Однако уже в XII в. в Северной Италии обнаруживаются первые признаки влияния новой науки на юридическую практику, что означало возникновение научной доктрины в смысле одного из формальных источников права. Возникновение доктрины в средневековой Италии было связано не только с завершением теоретического осмысления источников римского и канонического права.

К середине XIII в. явственно проявилась потребность итальянских городов-коммун в эффективной системе решения споров в условиях политических конфликтов, децентрализации власти, разрозненности источников права.

Для экономической кооперации требовался более сложный инструмент — общие «правила игры». Именно этой общей основы и не хватало городам-коммунам, в которых действовали разнообразные нормы обычного права, выраженные в городских статутах, уставах корпораций, обычаях торговцев и т.д. По существу, 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.

Возникновению доктрины в значительной мере способствовали и особенности судопроизводства в итальянских городах-коммунах. Политические конфликты с особой остротой поставили вопрос о беспристрастных и компетентных служителях Фемиды, не обремененных партийными интересами. Для этих целей судей стали приглашать из других городов на короткий срок, всеми способами стремясь максимально изолировать их от общественной жизни²⁵. Кроме того, городские

²³ См.: *Azo. Summa Institutionum. Lugduni, 1564. Ad Inst. I. I. (fo. 279).*

²⁴ По примеру глоссаторов сложилась теоретическая наука канонического права Римско-католической церкви. Первые ее представители именовались декретистами, поскольку занимались комментированием Декрета монаха Грациана (1140-е годы), крупного сборника церковных текстов, имевших отношение к правовому регулированию церковных отношений. Сказанное о теоретическом характере глоссаторской школы в значительной мере справедливо и в отношении декретистов, усилия которых по толкованию Декрета увенчала ординарная глосса Иоанна Тевтонца (1216—1217 гг.). Подробнее о школе см.: *Казбекова Е.В. Декретисты // Православная энциклопедия. М., 2006. Т. 14. С. 351-353 // <http://www.pravenc.ru/text/171632.html>*

²⁵ См.: *Engelmann W. Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre. Leipzig: Koehler, 1938. S. 62-72.*

статуты нередко прямо предусматривали ответственность приглашенных судей за неправосудные и некомпетентные решения. Обоснование данной мере нашли благодаря расширительному толкованию отдельных фрагментов Свода Юстиниана²⁶. Наконец, городские статуты позволяли, а порой и предписывали судьям руководствоваться глоссовым аппаратом и предоставляли им право обращаться за экспертным заключением к докторам права и даже передавать им дела для вынесения решения по делу²⁷.

Для ученых-экспертов также устанавливался определенный круг источников. 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, ум. 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 (городской глава. — Д.П.) Вероны или его заместителем.»²⁸

В XIV в. городские статуты закрепили то, что веком ранее действовало в силу обычая. В частности, автор трактата «Судебное зеркало» (1271) Вильгельм Дуранд называл общепитальянским обычаем обращаться к общему мнению знатоков права: «Если не будет заседателя, с которым судья мог бы посоветоваться и решить дело, то по общему для Италии обыкновению (*secundum consuetudinem Italiae generalem*), с согласия сторон выбирают знатоков, которые изучат акты суда, и по их заключению (*dictum*) судья вынесет решение»²⁹.

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.

Действительно, с середины XIII в. в болонской школе права и других правовых школах Северной Италии началась целенаправленная адаптация авторитетных источников для применения в средневековых городских и сеньориальных судах. На смену теоретикам глоссаторам пришла школа ученых-практиков XIII-XV вв. Наибольшей известностью среди них пользовались комментаторы гражданского права Бартол де Сассоферато (1313-1357) и Бальд де Убальдис (1327-1400), а

²⁶ Из высказываний ведущих юристов-классиков следует, что условием привлечения судьи к такого рода ответственности являлся умысел вынести неправосудное решение (Ульпиан, D. 5.1.15.1). Однако провинциальный юрист Гай считал достаточным основанием некомпетентность судьи (D. 50.13.6; 44.7.5.4), и именно позицию «нашего Гая» поддержал Юстиниан (Inst. 4.5 pr.).

²⁷ Томазо Дипловатаччо (1468-1541), со ссылкой на экспертное заключение юриста по имени Raphaelis Cumanі, утверждал, что статут города Болоньи предписывал судьям следовать «глоссам, одобренным Аккурсием», в случае пробелов в статутном праве и Своде Юстиниана. *Diplovataccio Th. Opus de praestantia doctorum* / ed. by G. Pescatore. Berlin, 1890. P. 168. Аналогичное предписание закреплял статут Вероны. См. главу 130 второй книги статута Вероны 1393 г., а также свидетельство Рафаэле Фульгозио (1367-1427): *Fulgosio. Consilia. Venetiis*, 1576. P. 245 (consilium 201).

²⁸ Цит. по: *Marongiu A. Legislatori e giudici di fronte all'autorita dei giuristi // Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta. Milano: Giuffrè, 1939. T. 3. P. 451.*

²⁹ *Speculum iuris Gulielmi Durandi. Venetiis*, 1588. P. 766 (цит. по: *Marongiu A. Op. cit. P. 450. № 3.*)

также канонисты Иоанн Андреа (ок. 1270-1348) и Панормитан (1386-1445). Сохраняя прежнюю схоластическую методологию толкования источников права и продолжая сложившуюся при глоссаторах научную традицию, ученые праведы Позднего Средневековья сконцентрировали свои усилия на полезных практиках комментариев и экспертных заключениях (лат. *consilia*, откуда альтернативное название школы — консилиаторы)³⁰.

Известные юристы XIV-XV вв. оставили после себя объемные комментарии ко всему Своду Юстиниана, церковным канонам, папским декреталиям и тысячи *consilia*³¹. Благодаря тесной связи науки комментаторов с юридической практикой своего времени в Северной Италии *ius commune* стало подлинным правом ученых, наиболее важную часть которого мы можем именовать доктриной, а в Средние века ее чаще называли общим мнением докторов (права) (*communis opinio doctorum*).

Универсализм, авторитетность, глубина содержания обусловили востребованность *ius commune* во многих развитых регионах Западной Европы. Именно данное право ученых, а не древнеримское право стало объектом рецепции там, где благоприятную почву подготовили романизованная культура и деятельность первых университетов.

Так, в королевстве Кастилии и Леона усвоение *ius commune* происходило при поддержке королевской власти. В середине XIII в. в правление Альфонса X Мудрого здесь был составлен крупный правовой сборник «Семь Партид», основанный в значительной мере на источниках и доктринальном толковании римского и канонического права. В течение XIII-XIV вв. «Семь Партид» приобрели значение вспомогательного источника права. Подтверждением тому служат «Постановления кортесов Алькалы» (1348), одно из положений которых предписывало обращаться к Партидам в случае выявления пробелов в постановлениях кортесов и сборниках местных законов (фуэрос)³².

Признание Партид субсидиарным источником права открыло дорогу для широкого использования доктрины *ius commune* в судах Пиренейского полуострова. Как и в Северной Италии, на Пиренейском полуострове доктрина *ius commune* выполняла роль связующего звена между древними источниками и текущими потребностями общества.

Кортесы в Бривиеске 1387 г., по мнению Ф. Мартинеса Мартинеса, «закрепили триумф общего права (*ius commune*. — *Д.П.*) по отношению к национальному праву королевства, закрепив возможность его официального применения, за незначительными ограничениями. Дверь была открыта, и адвокаты начали наводнить

³⁰ Консультационная деятельность университетских докторов с некоторой натяжкой подкреплялась примером римских юристов, самые известные из которых в эпоху империи обладали правом давать юридические заключения от имени императора (лат. *ius respondendi*; Gai. 1.7).

³¹ Среди наиболее плодотворных консультантов: Бальди де Убальди (ок. 3000 *consilia*), Александр де Имола (ок. 1200), Бартоломео Бертаццола (ок. 500), Бурсат (ок. 1500), Корней (ок. 1200), Краветта (ок. 1000), Яков Менокки (ок. 400) и др.

³² «...Все иски следует решать по законам этой книги; а то, что по ним невозможно будет решить, пусть решается на основании фуэрос; то же, что не удастся решить по фуэрос, пусть решается на основании Партид» (Tit. 28, ley 1, цит. по: *Мартинес Мартинес Ф.* Когда Европа была единой. Общее право, стиль итальянский, стиль французский и кастильское приложение // *Древнее право.* 2005. № 2 (16). С. 157. Сн. 33). По мнению Ф. Мартинеса Мартинеса, испанские юристы с середины XIV в. «перешли к прямому применению «Партид» (Там же. С. 158).

свои сочинения ссылками на римское и каноническое право, а также на мнения наиболее известных древних и современных им юристов...»³³.

Во Французском королевстве активное распространение научной юриспруденции с XIII в. на Юге и в центральных районах королевства (школы в Монпелье, Орлеане, Тулузе, Бурже) совпало с усилением королевской власти, сохранением и развитием обычного права в северных и восточных районах³⁴. Французские короли из политических соображений не признавали римское право безоговорочно действующим в своих землях, поскольку с помощью римского права германские императоры обосновывали верховенство своей светской власти над всеми королями христианского мира. Кроме того, постепенное подчинение местных судов королевским чиновникам (бальи, сенешалям, прево), а также запись и редактирование местных кутюм начиная со второй половины XIII в. укрепили позиции обычного права³⁵.

Сохранение обычаев на Севере Франции предопределило более ограниченное, по сравнению с королевствами Пиренейского полуострова и германскими землями, влияние ученых-юристов, а также частичный и избирательный характер рецепции римского права. Романистические доктрины проникали в страну обычного права, но не вытесняли местные обычаи полностью.

В слабо романизированных германских землях влияние доктрины *ius commune* проявилось позже, не ранее второй половины XV в. Как и в королевстве Кастилии и Леона, оно получило поддержку светской власти в лице императора Священной Римской империи. В частности, важные последствия имела реформа Имперского камерального суда (*Reichskammergericht*) в конце XV в. После 1495 г. от заседателей высшей судебной инстанции Империи требовалось образование в (римском) праве и способность давать подходящие заключения по текущим процессам. В течение XVI—XVII вв. эти требования распространились на территориальные суды³⁶.

В остальном распространение доктрин *ius commune* в Германии напоминает путь, ранее пройденный в североитальянском регионе. К концу Средневековья здесь основываются университеты с юридическими факультетами³⁷, входит в употребление концепция общего мнения докторов (*communis opinio doctorum*), которое презюмировалось истинным и верным и приравнивалось к обычаю³⁸, а также вводится материальная ответственность судей за некомпетентные решения. Но, как и в Италии, решение судьи не могло быть признано некомпетентным, если оно следовало общему мнению докторов права³⁹. Так и возникла практика на-

³³ *Мартинес Мартинес Ф.* Указ. соч. С. 158.

³⁴ Подробнее см.: *Dawson J.P.* The Oracles of the Law. Michigan, 1968. P. 339 sg.

³⁵ Подробнее о влиянии королевской власти на правосудие и развитие гражданского права см.: *Берман Г.* Указ. соч. С. 438-448.

³⁶ См.: *Wieacker F.* Privatrechtsgeschichte der Neuere Zeit. Göttingen, 1967. S. 137, 176.

³⁷ Кельн — 1388 г., Росток — 1419 г., Эрфурт — 1430 г., Гейдельберг — 1452 г. (университет основан в 1386 г.), Лейпциг — 1457 г. (основан в 1409 г.), Фрайбург — 1479 г. (основан в 1457 г.), Вена — 1493 г. (основан в 1365 г.). Подробнее см.: *Coing H.* Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte. Bd. 1. München: Beck, 1973. S. 61, 65.

³⁸ См.: *Coing H.* Op. cit. S. 124-126.

³⁹ В XVI в. немецкий юрист Себастьян Медицес уже разделял позицию своих итальянских коллег (Андреа Альчиато, Джакомо Менокио) относительно материальной ответственности судьи, вынесшего решение вопреки общему мнению докторов. См.: *Coing H.* Op. cit.

правлять сложные дела из судов на юридические факультеты университетов (нем. Aktenversendung), наиболее известные профессора которых образовывали консультативную коллегия (нем. Spruchkollegium) и по примеру итальянских коллег давали юридические заключения (советы, consilia)⁴⁰.

Таким образом, с XIII до XVI в. *communis opinio* становится важным фактором в самых разных регионах Западной Европы. Его влияние связано с объективными условиями развития и распространения *ius commune*, а также с несомненными достоинствами общего мнения ведущих докторов:

- рациональными основаниями (и по источнику, «писаному праву» Свода, и по методам его толкования);
- системностью осмысления правовых институтов;
- единством основ доктрины ученых-юристов по всей республике;
- известной самостоятельностью по отношению к действующему партикулярному праву.

Благодаря указанным особенностям доктрины авторитетные доктора права на несколько столетий стали главными толкователями гражданского (гражданского) права.

Однако у общего мнения имелись и свои недостатки. Главный из них — неопределенность данного понятия, а также трудности с определением подлинности и с оценкой авторитетности цитат. Ф. Мартинес Мартинес не без оснований назвал работу судей после погружения Испании в океан *ius commune* «совершеннейшим кошмаром, вызванным невозможностью подтвердить подлинность и авторитетность приведенных цитат»⁴¹. Несомненно, с аналогичными трудностями сталкивались судьи и в других странах континентальной Европы.

Формализовать оценку *communis opinio* попытались сами доктора права. К XV–XVI вв. были сформулированы основные критерии доктринального общего мнения — количество, авторитетность, аргументированность. В количественном отношении предлагалось ссылаться на мнение шести или семи докторов, поскольку очевидным представлялось, что мнение коллегии докторов выше мнения одного. Предпочтительно, чтобы эти доктора обладали более высоким авторитетом среди правоведов. Определяющая роль отводилась аргументированности позиции, обзору доводов «за» и «против» принятой позиции⁴².

Однако приведенные критерии и правила не решали проблемы полностью. Во-первых, они не всегда позволяли определить общее мнение. Во-вторых, они сами представляли общее мнение группы докторов, критикуемое и дополняемое другими докторами. Нескончаемые споры относительно правил и постоянный рост их численности⁴³ свидетельствовали о неспособности научного сообщества устранить недостатки доктрины как источника *ius commune* своими силами. Требовался но-

⁴⁰ См.: *Dolezalek G.* Herrschende Lehre (*communis opinio*) // *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin, 1978. Bd. 2. S. 113–114; *Buchda G.* Aktenverseundung // *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. E. Kaufmann. Bd. 1. Berlin, 1971. S. 84–87; *Wieacker F.* Op. cit. S. 177.

⁴¹ *Мартинес Мартинес Ф.* Указ. соч. С. 158. Красноречиво сложившуюся к XVI в. ситуацию характеризовал Эразм Роттердамский в «Похвале глупости» (гл. 51), обвиняя юристов в умышленном затуманивании смысла законов с помощью бесконечных комментариев на комментарии.

⁴² См.: *Coing H.* Op. cit. то ссылками на трактаты испанца Аспликуэта Наварро, англичанина Артура Дака, итальянца Джакомо Менокино.

⁴³ Отдельные авторы приводили до трех десятков различных правил определения общего мнения.

вый властный арбитр в вековом споре, функции которого постепенно принимала на себя крепнущая светская власть.

Научная доктрина как формальный источник права

Формальное признание научной доктрины *ius commune* в качестве формального 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 ненаписанными⁴⁴.

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 такового отсутствует, то мнению его ученика Балда; 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.⁴⁵

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 право⁴⁶.

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*

⁴⁴ По данным статьи: *Мартинес Мартинес Ф.* Указ. соч. С. 158.

⁴⁵ Впрочем, в испанских судах продолжали обращаться к «сентенциям мудрецов» (т.е. к общему мнению знатоков права) вплоть до середины XVIII в. вопреки враждебному отношению к доктрине королевской власти. См.: *Мартинес Мартинес Ф.* Указ. соч. С. 160.

⁴⁶ *Coing H.* Op. cit. Bd. 1. S. 122 ff. В 1603 г. при Филиппе II ордонанс Мануэля был переиздан в новой редакции, а затем подтвержден в 1643 г. королем Хуаном IV после отделения Португалии от Испании.

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 избраны Бартол, Бальд и Павел де Кастро (1394-1441). Язон дель Майно (1435-1519) признан лучшим наставником юристов после Аккурсия и до начала XVI в. Александр Тартаньи (да Имола, 1424-1477) объявлен главным авторитетом для практикующих юрисконсультов. Последним в списке указан цивилист и декреталист Иоанн да Имола (1436-1507).

В Папском государстве (в состав которого вошло герцогство Урбино) в 1680 г. Иннокентий XI издал новые правила по важнейшим вопросам семейного и наследственного права, которые должны были применяться без ограничений и толкований, поскольку, со слов понтифика, «толкование и ограничения нескольких докторов и судебных инстанций препятствовали и практически лишали силы (рене inanes) законы и обычаи относительно преференций агнатам и лиц мужского пола при наследовании по закону», что вело к умножению споров в судах и потоку жалоб⁴⁷.

В 1721 г. в силу сходных мотивов меры по ограничению ссылок на доктрину предпринял герцог Модены Ринальдо I. Спустя два года король Сардинии Виктор Амадей II Савойский (1702-1730) издал объемные законы, в которых решал различные сложные спорные вопросы, а также ограничил возможность адвокатов ссылаться на докторов и возможность докторов представлять свои мнения в судах. Сардинский закон о цитировании установил иерархию источников, на которых должно основываться судебное решение: королевские конституции, статуты, общий закон в смысле *ius commune*. При этом запрещалось ссылаться на любых авторов (т.е. докторов права), которые не основывают свои мнения на естественном разуме или разуме народов или на установлениях общего закона, или на решениях государственных судов королевства⁴⁸.

В 1729 г. король Сардинии запретил адвокатам и судьям ссылаться на авторитеты и работы юристов под угрозой лишения должности. Наконец, в 1774 г., когда в Австрии и Пруссии уже действовали кодификационные комиссии, 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» и что если судьи столкнутся с пробелом в норме закона, то им надлежит разрешать спор с помощью аналогии, а не мнений докторов. А если же судья столкнется с совершенно особым и своеобразным делом, то о его решении следует запросить короля как «суверенного оракула»⁴⁹.

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 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 цивильные и канонические источники и доктрины, но не действующее

⁴⁷ Bullarium romanum. Roma, 1734. Vol. 8. P. 152-153. Цит. по: Marongiu A. Op. cit. P. 460.

⁴⁸ Цит. по: Marongiu A. Op. cit. P. 462.

⁴⁹ Ibid.

французское право. Самые известные французские правоведы школы гуманистов XVI в., в отличие от итальянских комментаторов или представителей направления «современного использования Пандект» в германских землях, занимались не адаптацией римского права к современным потребностям, а скрупулезной реконструкцией его исторических этапов. Научные достижения школы гуманистов велики, но их влияние на юриспруденцию скромно⁵⁰.

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 Шоппен из региона Анжу, Ги Кокиль (1523-1603) из района Ниверне⁵¹. Эти и некоторые другие юристы изучали опубликованные к XVI в. кутюмы, комментировали их в сравнении 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.

Французские историки давно установили факт постоянного и продуктивного взаимодействия парламентов и выступающих в них адвокатов⁵². Однако тринадцать французских парламентов не подчинялись друг другу, пользовались широкой свободой в толковании права по справедливости. Римское право в качестве «писаного разума» было важным ресурсом аргументов, но заимствования из него были, по словам Дж. Доусона, избирательны и непредсказуемы, а отдельные попытки упорядочить судебную практику не получили заметного развития⁵³.

Между тем, как будет показано далее, деятельность апелляционных судов («больших трибуналов») подрывала основы «права ученых» не только во Франции, но и в других государствах Западной Европы.

⁵⁰ Если Орлеанская школа с XIII в. основывалась на глоссаторской научной традиции, но уточняла ее методологию и выводы, то школа гуманистов в Бурже с XVI в., напротив, взяла на вооружение принципы научного исследования гуманистов XV в. и резко противопоставляла себя (иак называемый галликанский стиль) юриспруденции бартолистов (итальянский стиль). Об Орлеанской школе см.: Полдников Д.Ю. Договорные теории классического *ius commune*. М.: Академия, 2011. С. 22-26; О школе гуманистов и ее значении см.: Dawson J.P. Op. cit. P. 341 sg.; Полдников Д.Ю. «Реформация» юриспруденции и теории договорного права в Западной Европе XVI века // Институты государства и права в их историческом развитии. Сборник научных статей к 60-летию В.А. Томсинова / отв. ред. Т.Е. Новицкая. М.: ИКД Зерцало, 2012. С. 281-300, а также Meynial E. Sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'Oeuvre d'unification du droit en France // Revue générale du droit, de la législation, et de la jurisprudence. 1903. P. 326-351, 446-457.

⁵¹ См. биографические данные юристов в справочнике: Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Ed. Michael Stolleis. München: Beck, 2001.

⁵² По замечанию Э. Меньяля, судьи и адвокаты «развивались по общим направлениям, помогая друг другу, подтверждая наработки друг друга» (Meynial E. Op. cit. P. 326).

⁵³ Dawson J.P. Op. cit. P. 348. О практике французских парламентов и попытках ее обобщения см.: Arnaud A. Les origines doctrinales du code civil français. Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1969. P. 65 sg.

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. Прежде всего ослабление имперской власти и прогрессирующая политическая раздробленность в позднее Средневековье и раннее Новое время лишали Священную Римскую империю сильной публичной власти, способной установить общегерманские нормы⁵⁴.

Политическая раздробленность обуславливала и децентрализацию судебной системы. Кроме того, авторитет судей подрывала их зависимость от местных князей-правителей, 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 в конце 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 чиновника⁵⁵. Судьи, в свою очередь, напрямую обращались на юридические факультеты за экспертными заключениями по сложным правовым спорам (см. выше о практике *Aktenverseundung*).

Развитие *usus modernus* ознаменовало начало формирования науки немецкого национального права, основанной не только на традиционных постулатах и методологии позднесредневекового *ius commune*, но и учитывающей «современные обычаи» (в том числе новое законодательство)⁵⁶. 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 Французский гражданский кодекс 1804 г.) право ученых действовало до 1900 г.

Утрата научной доктриной статуса формального источника права

Принято считать, что нормативное значение доктрины несовместимо с позитивистской теорией XIX в. (Дж. Остин), признающей компетентные государственные органы единственным творцом права. На этом основании может сложиться

⁵⁴ О падении значения имперского права в Германии в XVI в. см., напр.: *Diestelkamp B. Recht und Gericht im Heiligen Romischen Reich*. Frankfurt a.M.: Klostermann, 1999. S. 481 ff.

⁵⁵ Таковы известные юристы *usus modernus* XVII-XVIII вв. Бенедикт Карпцов, Давид Мевий, Георг Адам Струве, Самюэль Стрик, Юстус Бёмер, Антон Лейзер и др. См. биографические данные некоторых из названных юристов: *Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Т. 2. «Европа. V-XVII вв.»* / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. М.: Мысль, 1999.

⁵⁶ По признанию Ф. Виакера, почти все институты современного германского частного права были сформулированы *usus modernus* на основании практических запросов жизни. Развитие *usus modernus* означало упадок общеевропейской юриспруденции *ius commune*. *Wieacker F. Op. cit.* S. 205 ff.

неверное впечатление, будто именно успехи позитивизма обусловили утрату научной доктриной статуса формального источника права. В действительности данный процесс начался уже в XVII—XVIII вв. и был обусловлен целым рядом изменений в правовом и социально-политическом развитии стран Западной Европы.

Изменение статуса научной доктрины, несомненно, было подготовлено упадком всей науки *ius commune*. Научная методология комментаторов исчерпала себя на исходе Средневековья и схоластическая юридическая наука за свои «архидурацкие тонкости» (по словам Эразма Роттердамского) стала объектом острой критики и едких насмешек уже в период юридического гуманизма XVI в.

Угасание универсальной доктрины *ius commune* совпало с упадком главных универсальных сил христианской Европы (Священной римской империи и папства) и становлением в XVII—XVIII вв. национальных правовых наук в формирующихся государствах-нациях Старого Света (французская школа изучения кутюмов и актов парламентов, римско-голландская школа элегантной юриспруденции, немецкая школа современного римского права и др.). Разумеется, национальные «побеги» были многим обязаны своему единому древу *ius commune*. Однако каждый из них все более стремился к национальным корням в виде доктринально обработанных территориальных обычаев, местной судебной практики (*usus fori*) и законодательства правителей. Утверждение национальных языков в качестве средства общения юридического сообщества также подрывало основы научной доктрины и западно-европейской науки права.

Однако гораздо более важными причинами утраты доктриной *ius commune* нормативного значения следует признать изменения политического и идеологического плана. В их числе политическая централизация, распространение идеологии естественного права и Просвещения.

Крайне полезная в условиях средневекового партикуляризма самодостаточная 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 позднеимперским императорам, старались поставить под свой 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 возросла⁵⁷. В Италии апелляционные суды (*grandi tribunali*) создаются 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 княжеств⁵⁸.

⁵⁷ По оценкам Дж. Доусона, в 12 парламентах королевства заседали около 1200 судей, контролировавших решения примерно 5000 обычных судей. См. *Dawson J.P.* Op. cit. P. 2.

⁵⁸ Подробнее см.: *Dawson J.P.* Op. cit. P. 273 sg. (о французских судах), 185 sg. (о немецких судах); *Dohring E.* *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500.* Berlin, 1953. Bd. 1. S. 2 ff, *Ranieri F.* *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Judikatur des Rechtskammergerichts im 16. Jh.* Köln, Wien, 1985 (о немецких судах); *Gorla G.* I «*grandi tribunali*» ital-

Влияние решений высоких судов на развитие права возросло благодаря их контролю за законностью и обоснованностью решений нижестоящих судебных инстанций и аргументированностью их собственных решений. Например, в Германии благодаря правоведам Лаутербаху сложилось устойчивое представление о том, что нижестоящие судебные инстанции не должны без веских соображений отступать от решений Имперского камерального суда и прочих важных судов. Прогресс в области аргументации судебных решений также наблюдался во второй половине XVII-XVIII вв., хотя формально апелляционные суды, вплоть до буржуазного преобразования процессуального права и судостроительства в конце XVIII-XIX вв., не были обязаны раскрывать мотивы своих решений.

Появившийся спрос на информацию о решениях значимых судебных инстанций побудил юристов и издателей в частном порядке публиковать сборники важных решений. С конца XV в. их численность постоянно возрастала. В составлении некоторых собраний судебной практики принимали участие высокопоставленные судьи, дабы с помощью таких сборников способствовать единообразию чрезмерно варьировавшихся судебных решений судов первой инстанции⁵⁹.

В разных странах Западной Европы в последние два века существования Старого порядка было составлено более 1000 сборников судебных решений⁶⁰. Однако их составление и распространение еще не стало делом государственного значения. Так что 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, отесняя на второй план ученых-юристов в крупных западноевропейских странах, за исключением Германии⁶¹. 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 судами⁶².

iani fra i secoli XVI e XIX: Un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia // Il foro italiano. 1969. № 94. P. 629-632 (об итальянских судах).

⁵⁹ Например, в 1672 г. команда юристов-практиков и судей под руководством председателя Парижского парламента Гийома Ламбуаньона (Lamboignon, 1617-1677) подготовила «Сборник постановлений» (Recueil des arretes). Сразу после своего издания в 1702 г. сборник стал чрезвычайно авторитетным пособием для французских юристов XVIII в. Тем не менее Людовик XIV отклонил ходатайство Ламбуаньона о придании «Сборнику» официального статуса. Подробнее см.: *Arnaud A.* Op. cit. P. 66-68, 312.

⁶⁰ См.: *Coing H.* Handbuch der Quellen. Bd. 2. Часть 4: сборники судебной практики и экспертных заключений: Италия, Франция, Испания и Португалия, Германия, Нидерланды, Шотландия.

⁶¹ В Германии правоведам *usus modernus* сумели сохранить престиж «права ученых» во многом благодаря практическому характеру своей деятельности и тесной связи с судебными инстанциями. В теории *usus modernus* судебной практике большинство докторов права придало значение судебного обычая (*usus fori*), учитываемого при создании научной доктрины наряду со Сводом Юстиниана. Некоторые правоведа пошли дальше и объявили акты высших судов решениями самих князей-правителей. Об этом см.: *Mevius D.* Decisiones summi tribunalis regii, quod est Vismariae. 3^d ed. Francofurti et Stralsundi, 1681. 250. № 16 (цит. по: *Coing H.* Op. cit. S. 125).

⁶² Такого мнения придерживались многие правоведа *usus modernus*. См.: *Mevius D.* Op. cit. № 13; *Lauterbach W.A.* Collegii theoretico-practici. № 58 ad D. 1.3; *Stryk S.* Usus modernus. № 13 ad D. 1.3.

Упадок доктрины *ius commune* усугубила идеология естественного права и Просвещения.

В отличие от юридического позитивизма XIX в., теория естественного права XVII-XVIII вв. не выдвигала никаких положений, несовместимых с нормативным статусом научной доктрины. «Три книги о праве войны и мира» Гуго Гроция словно продолжают позднесредневековые традиции глубокой и авторитетной научной разработки правовых вопросов, пусть и в более прямолинейной и элегантно-форме.

Однако резко критикуя правовую традицию *ius commune*, сторонники естественно-правового подхода подрывали сами основы прежней научной доктрины. Более того, пренебрегая наследием «ловкачей»-схоластов, Пуфендорф, Томазий, Вольф по сути не предложили правовой доктрины, адекватной по уровню детализации и проработки отдельных институтов права.

Наконец, если идеологи естественного права и задумывались о нормативном статусе своих доктрин, то отводили им роль вспомогательной формы права. Такой вывод можно сделать из обыкновения посвящать свои трактаты монархам и князьям в надежде, что те своей волей и от своего имени облечат в форму закона аксиоматические положения естественного правопорядка.

Активную роль правителя в сфере издания законов укрепила 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»⁶³. 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 законопроекта.

Сложившиеся накануне революционных потрясений рубежа XVIII-XIX вв. условия предопределили новую роль научной доктрины в национальных правовых системах стран Западной Европы в XIX в. Однако ее изучение выходит за рамки настоящей статьи, поскольку вместе со Старым порядком в Западной Европе окончательно утратила значение универсальная концепция *ius commune* и началась эпоха национальных правопорядков.

* * *

Исторический опыт развития научной доктрины *ius commune* в XIV-XVIII вв. примечателен в нескольких отношениях. Прежде всего он указывает на обоснованность выделения доктрины как самостоятельного явления, для которого характерны:

Однако даже в случае признания *communis opinio doctorum* судами немало правоведов XVIII в. высказывало сомнения в его нормативном значении.

⁶³ Монтескье Ш. О духе законов. Кн. 29, гл. 16 («Что именно следует иметь в виду при составлении законов»).

- опора на теоретическую (схоластическую) науку и рациональное обоснование суждений;
- признание (одобрение) большинством авторитетных правоведов, представителей университетского сообщества;
- практикоориентированность и востребованность практикой, подтверждаемая теоретико-практическими комментариями и экспертными заключениями правоведов;
- неформализованный, но длительный период формирования в процессе изучения текста закона в университетской среде и его научного комментирования;
- известная автономность по отношению к прочим источникам права, таким как обычаи, королевское, городское и торговое право.

Перечисленные признаки доктрины *ius commune* сложились к XIV в. Однако они вполне сопоставимы не только с правом юристов Германии XIX в., но и с современным пониманием доктрины в странах романо-германской правовой семьи.

В то же время преемственность доктринальных форм не исключает важных различий. Главное среди них — утрата современной доктриной значения формального источника права. Нормативный статус общего мнения докторов (права) и его огромное значение в развитии *ius commune* не позволяют отнести доктрину к вспомогательным формам права.

Выявление условий, способствовавших возникновению формально обязательной научной доктрины в особых условиях политической и правовой раздробленности средневекового общества Западной Европы, а также определение причин утраты данного статуса по мере усиления центральной власти, формирования государства-нации в Новое время дают серьезные основания усомниться в реальности возврата доктрине нормативного значения без существенного изменения современной политической системы, идеологии и типа правопонимания.