"Jus commune" как средневековая модель общеевропейского правопорядка

тема диссертации и автореферата по ВАК 12.00.01, кандидат юридических наук Котляр, Илья Андреевич

**Год:**

2011

**Автор научной работы:**

Котляр, Илья Андреевич

**Ученая cтепень:**

кандидат юридических наук

**Место защиты диссертации:**

Москва

**Код cпециальности ВАК:**

12.00.01

**Специальность:**

Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве

**Количество cтраниц:**

214

## Оглавление диссертации кандидат юридических наук Котляр, Илья Андреевич

Введение

Глава 1. Значение понятия «jus commune» в правовой истории Западной Европы

§ 1. Использование термина «jus commune» в источниках римского права

§2. Понятие «jus commune» в раннесредневековых источниках

§3. Особенности использования понятия «jus commune» представителями школы глоссаторов

§4. Понятие «jus commune» в законодательстве итальянских государств XII -XIV вв.

§5. Понятие «jus commune» в источниках канонического права

§6. Употребление понятия «jus commune» юристами-«комментаторами»

§7. Понятие «jus commune» в значении «правовой системы» Франции

§8. Понятие «jus commune» в представлении историков права XX века

Глава 2. Социально-экономические, политические и идеологические основы понятия «jus commune»

§ 1. Социально-экономические основы понятия «jus commune»

§2. Политические основы понятия «jus commune»

§3. Идеологические основы понятия «jus commune»

Глава 3. Основные подсистемы «jus commune»

§ 1. Роль и виды обычая в «jus commune»

§2. «Юрисдикция» и «Империя» как институты «jus commune»

§3. Разделение и взаимосвязь церковной и светской юрисдикции

§4. «Государь» как институт «jus commune». «Государь» и закон

§5. «Порядок процесса» («Ordo juris») как подсистема «jus commune», гарантирующая стабильность существующего правопорядка

## Введение диссертации (часть автореферата) На тему ""Jus commune" как средневековая модель общеевропейского правопорядка"

Актуальность выбранной темы исследования объясняется все возрастающей популярностью понятия «jus commune» в европейской и североамериканской юриспруденции. Эта тенденция началась примерно с 1950-X гг. благодаря итальянским историкам права (прежде всего, Фр. Калассо, см. далее с. 53-54). Разработка этого понятия, по сути, была нацелена на смену понятийного аппарата в изучении средневекового права: общепринятые в других европейских странах понятия «ученого права», «рецепции римского права» и т.д. плохо подходили к итальянской истории.1 Несмотря на это, понятие «jus commune» в настоящее время употребляется авторами из практически всех европейских стран как общепринятое и при этом не противопоставляется «рецепции» и другим более традиционным понятиям.

Возможно, рост популярности этого понятия в конце XX века объясняется европейской интеграцией и развитием права Европейских Сообществ. Многие авторы прямо пишут о формирующемся «новом «jus commune»» в европейском частном праве.2 Обычно это понятие используют в контексте сравнительного правоведения и коллизионного права.3 Часто «jus commune» представляют как средство объединения этих двух дисциплин: создание или выявление общих норм, регулирующих то или иное отношение в нескольких правопорядках, считается предпосылкой как для унификации материального права, так и для создания более эффективного и единообразного коллизионного права.4 В некоторых работах термин «jus commune» используется как технический и нарицательный: он обозначает право, «общее для целого правопорядка или нескольких правопорядков», которое регулирует определенную сферу отношений, пока не отменено местным законодательством.5

1 В частности, Калассо критиковал П.Г. Виноградова с его высказываниями о «второй истории римского права», «фантоме римского права» и т.д. (Calasso Fr. Medio evo del diritto. Vol. I. Pp. 607-609).

2 См.: Puder M.G. Beer Wars - a Case Study: is the Emerging European Private Law Civil or Common or Mixed or Sui Generis? // Tulane European and Civil Law Forum. Vol. 20. 2005. P. 50; Fauvarque-Cosson B. Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspective on an Old Couple // American Journal of Comparative Law. Vol. 49. 2001. P. 419.

3 Cairns J.W. Comparative Law, Unification and Scholarly Creation of a New lus Commune II The Northern Ireland Legal Quarterly. Vol. 32. 1981, no. 3. Pp. 272-283.

4 Fauvarque-Cosson B. Op. cit. Pp. 417-426.

5 Стоит отметить, что в исследуемой статье используется термин «jurisdiction» который в данном контексте обозначает даже не «правопорядок», а целую правовую семью. Автор отмечает, что судебная практика 3

При этом, однако, авторы постоянно упоминают о «средневековом «jus commune»». Оно представляется как первая «модель» правопорядка, единого для всей Европы. Существование в Средние Века «общего права» для всей Европы многими считается фактом, способным облегчить унификацию европейского права в дальнейшем и создать «новое» «общее право».6 Периодчиески проявляется скептицизм в отношении корректности ссылок на п средневековое «jus commune». Авторы — представители англосаксонской правовой семьи — часто говорят о «jus commune» как об исключительно «континентальном» явлении, неспособном примирить две основные правовые семьи Европы.8

На настоящий момент отсутствуют крупные исследования, специально посвященные рассмотрению «jus commune» как потенциальному «предшественнику» того единого правопорядка, который, как считается, формируется в Европе в настоящее время. Характерен разрыв между исторически-конкретным и догматическим подходом в изучении данного явления. Так, например, у Фр. Калассо «jus commune» анализировалось преимущественно не как конкретно-историческое, а как догматическое, конструируемое понятие. Исследование его ученика М. Белломо, напротив, больше посвящено исторически конкретным явлениям, не уделяя внимания догматике.9

Более того, на сегодняшний день отсутствуют исследования, в которых понятие «jus commune» исследуется в контексте становления западноевропейской цивилизации. Г. Берман в своей книге «Западная традиция права: эпоха формирования» 1983 года привлек внимание исследователей к резкому повышению роли правового регулирования в духовной культуре некоторых стран, принадлежащих к разным правовым семьям, исходит из признания существования «стандартного права» («jus commune») в сфере мореплавания (Tetley W. The General Maritime Law - The Lex Maritima (with a Brief Reference to lus Commune in Arbitration Law and the Conflict of Laws) // Syracuse Journal of International Law and Commerce. Vol. 20. 1994. P. 108).

6 Fauvarque-Cosson B. Op. cit. Pp. 421-422; Tetley W. Op. cit. P. 141.

7 См., напр.: Fauvarque-Cosson В. Op. cit. P. 422 (n. 59); Thomas Ph.J. Deconstruction of Myths: Roman-Dutch Law and Pan-European lus Commune II South African Law Journal. Vol. 116. 1999. Pp. 784-790. Также см. далее взгляды Э. Кортезе (С. 60-61).

8 Это отмечал, в частности, американский компаративист Мэрримен (Legrand P. John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue // American Journal of Comparative Law. Vol. 47. 1999. P. 47).

9 См.: Bellomo M. The Common Legal Past of Europe: 1000-1800. Trans, by Lydia G. Cohrane. The Catholic University of America Press, Washington D.C., 1995.

Европы в XI-XII вв. и положил это явление в основу формировавшейся западноевропейской цивилизации. Эта книга, ввиду ее перевода на русский язык, до сих пор является настольной в среде российских исследователей. Тем не менее, Г. Берман не был профессиональным историком права;10 его исследование осуществлялось преимущественно с социологических позиций и не уделяло должного внимания правовой догматике, как и самому понятию «jus commune». Исследования, аналогичные бермановскому по масштабам, но при этом непосредственно исследующие значение понятия «jus commune» в правовой догматике Средневековья, на сегодняшний день отсутствуют.

Российская историко-правовая наука не должна отставать от современных тенденций в том, что касается истории зарубежного права. Представления о средневековом «jus commune» являются примером того, как на Западе формируется новый понятийный аппарат для историко-правовых исследований. Несмотря на всю спонтанность и переменчивость этого процесса, введение в историю права новых понятий должно подвергаться критическому анализу. В особенности это важно для исследователей из «сторонних» стран, не принадлежащих или лишь недавно присоединившихся к западной правовой традиции. Это позволяет преодолеть стереотипы и заблуждения, неизбежно возникающие у исследователей государства и права зарубежных стран в результате языковых и иных барьеров.

Новизна настоящей работы заключается в том, что она представляет собой первую попытку свести воедино конкретно-исторические, догматические и идеологические сведения как непосредственно о понятии «jus commune», так и о других явлениях, свидетельствующих в пользу или вопреки существованию в средневековой Европе некого реального или идеального единого правопорядка, о котором так часто упоминают труды последнего времени. Работа впервые анализирует и обобщает понятие «jus commune» в тех значениях, в которых оно употреблялось в средневековых источниках. Работа также впервые предпринимает попытку представить «jus commune» («общее право») в

10 См.: Helmholz R.H. Harold J. Berman's accomplishments as a legal historian // Emory Law Journal. Vol. 12. 1993. Pp. 475-484. качестве работоспособной (хотя и идеальной) системы норм и выделить ее отдельные подсистемы. Это позволяет соединить учение о «jus commune» с достижениями историко-правовой науки в конкретных областях, таких как процессуальное право, институт «государя» («princeps») и т.д.

Настоящая работа также впервые в российской историко-правовой науке предпринимает попытку более реалистичного подхода к изучению взаимодействия средневековой ученой юриспруденции и правовой практики. На примере эволюции представлений ученой юриспруденции о роли обычая как источника права (см. параграф первый главы третьей) настоящая работа демонстрирует, что теоретическая юриспруденция не была изолированной в своем собственном «мире» и могла принимать во внимание развитие действующего законодательства и обычного права и встраивать его в единую систему «общего права». Эта попытка отличает настоящую работу от господствующего в российской историко-правовой науке по сей день подхода,, строго различающего т.н. «средневековую рецепцию римского права» и развитие применимого права в средневековых европейских государствах.

Научная разработанность темы является достаточно высокой в частных вопросах. Однако в целом относительно- слабой остается исследованность значения понятия «jus commune» в Средние Века. Наибольший вклад в\*-изучение развития самого понятия «jus commune» внесли итало- и испаноязычные исследователи: Фр. Калассо (сер. XX в., см. далее с. 53-54),

II

Э. Кортезе, А. Гузман Брито " (конец XX в.). Предметом большого внимания французских исследователей является французская средневековая калька понятия «jus commune» - «droit commun».13

Общие вопросы социально-экономического, политического и идеологического развития западноевропейской цивилизации давно являются предметом пристального внимания историографии. Особенно можно здесь

11 См.: Córtese Е. Agli albori del concetto di diritto comune in Italia (sec. XII-XIII) // El dret comú i Catalunya. Actes del VIII Simposi Internacional. Barcelona, 1998 Pp. 173-195.

12 A. Guzmán Brito. Historia de las nociones de derecho común y derecho proprio // En Homenaje al Professor Alfonso García Gallo. Madrid, 1996.

13 Среди исследователей этого вопроса можно отметить: Ф. Кастальдо, Ж. Кринена, Ж. Джорданеньо и А. Гурона. отметить предшественников, представителей и последователей школы «Анналов»: (А. Пиренн, Л. Февр, М. Блок, Ж. Дюби, Ф. Бродель, А. Гуревич), выделявших общие особенности развития «феодальной цивилизации». Духовными «учениками» этой школы можно считать сторонников метода «мир-система» (И. Валлерстайн, частично — Ф. Бродель), исследования которых позволяют понять те силы, которыми поддерживалось и укреплялось единство этой цивилизации.

Огромное влияние на приоритеты медиевистики XX века оказали труды немца Г. Телленбаха, впервые обратившего внимание на огромное значение реформ папы Григория VII и «борьбы за инвеституру» Х1-ХП вв. для дальнейшего развития западной цивилизации.

Высоким остается научный интерес к истории распространенных в средневековой Европе политических и правовых учений. Здесь можно отметить как монографии и сборники, посвященные этому вопросу в целом (в частности,, шеститомный труд А.Дж. и Р.У. Карлайлов сер. XX в.), так и книги, посвященные исследованию взглядов отдельных ученых юристов, например, Бартола или Бальда. Здесь можно отметить таких авторов, как К.Н.С. Вульф, Дж.П. Каннинг, Фр. Майоло.

Гораздо меньше работ связано с непосредственным изучением правового-единства средневековой Европы и синхронностью ее правового развития. Здесь, помимо итальянцев Фр. Калассо и М. Белломо и американца Г. Бермана (основывавшегося на трудах Г. Телленбаха и англоязычных источниках), можно отметить работы В.А. Томсинова, впервые в отечественной историко-правовой науке обратившего пристальное внимание на роль права и юриспруденции в духовной культуре средневековой западноевропейской цивилизации.

Распространены работы по общей истории средневековой юриспруденции (Ф. Виакер, П. Стейн) и юридической профессии (Дж. Брандейдж). Весьма популярной в XX веке была история канонического права (С. Куттнер, Б. Тирни, Р. Хельмгольц, К. Пеннингтон), характеризующаяся большим вниманием к теологии и другим неюридическим источникам.

Также стоит отметить работы С. Рейнольде, подвергающей критике стереотипные представления о средневековом «феодальном (ленном) праве» и отмечающей высокую роль ученой юриспруденции в выделении феодально-вассальных отношений в качестве особого предмета регулирования.

Вопрос о роли обычая и его соотношении с «jus commune» остается относительно малоисследованным. Среди известных авторов, писавших по данному вопросу, можно отметить Э. Конте, Р. Хельмгольца, Д. Иббетсона.

Изучение политико-правовых подсистем «jus commune» - «юрисдикции», «Империи», «государя» - до недавнего времени осуществлялось преимущественно в рамках истории политических и правовых учений. Классических авторов, занимавшихся этими вопросами (А.Дж. и Р.У. Карлайлы, У. Ульман, В.Э. Грабарь, Е.Х. Канторович) иногда можно упрекнуть в некритическом ассоциировании политико-правовых идей непосредственно с политической практикой. Таким образом, на наш взгляд, забывается важный;, промежуточный элемент между теорией и практикой - юридическая догма. Более современные авторы, такие как Дж.П. Каннинг, К. Пеннингтон, Фр. Майоло, Дж. Валлехо, уделяют большее внимание развитию собственно формально-юридических конструкций в трудах ученых юристов.

Становление романо-канонического процесса (или «Порядка процесса» -«Ordo Juris») является достаточно хорошо исследованной темой. Среди ключевых авторов: А. Эсмейн, В. Литевский, JI. Фоулер-Мэйгерл, М. Дамаска, Р. Хельмгольц, К. Пеннингтон, Р. ван Рее, А. Эррера.

Цели настоящего исследования: а) изучить понятие «jus commune» в его средневековом значении, б) выяснить, какие идеи и категории были связаны с понятием «jus commune» и обусловили его появление, в) определить, в какой степени возможно говорить о «jus commune» как о средневековой модели правопорядка.

В связи с этим, перед настоящим исследованием ставятся следующие задачи:

- проанализировать различные значения понятия «jus commune» в доступных исторических документах;

- выяснить, какое из значений понятия «jus commune» являлось наиболее осмысленным, и установить, не давалось ли данному понятию определение;

- попытаться выделить ключевые свойства, приписывавшиеся средневековыми источниками явлению, стоявшему за понятием «jus commune»;

- обобщить особенности европейского социально-экономического и политического развития, которые могли способствовать формированию представления об «общем праве» Европы в исследуемый период;

- изучить особенности средневекового теоретического правосознания, которые могут помочь раскрыть свойства феномена «jus commune»;

- изучить особенности развития в средневековый период отдельных идей, институтов права и правовых понятий, отразивших существование идеи о «jus commune» или, наоборот, повлиявших на развитие последней.

Основным объектом данного исследования являются понятийный аппарат, категории, нормы и институты, сформировавшиеся или распространенные в. ученой юриспруденции в XI-XIV вв. Как будет показано далее {см. далее параграфы шестой и восьмой главы первой), именно в этот период сформировалось вполне осмысленное понятие «jus commune».

В историко-правовой науке существуют разночтения относительно применения категории «jus commune» ко времени после XIV-XV вв. {см. далее с. 54-56). Немецкие исследователи, уделяющие первоочередное значение «рецепции «jus commune»» в Германии XVI в. и ее дальнейшему влиянию на немецкую «пандектистику» Нового Времени, считают «эпохой» «jus commune» весь период до кодификаций XIX в. Речь здесь, однако, идет лишь о влиянии норм и моделей правового регулирования, сформировавшихся в средневековом «jus commune». М. Белломо, хотя также исходил из того, что «jus commune» продолжало во многом определять развитие континентального европейского права весь «докодификационный» период, вместе с тем отмечал, что появление юриспруденции «гуманистов» и развитие новых философских теорий (в том числе обоснований государственного суверенитета) в эпоху Возрождения были уже несовместимы с идеей об «общем праве Европы».14 Кроме того, пример французской юриспруденции показывает, что в Новое Время само понятие «jus commune» становится объектом теоретических разногласий (см. далее с. 50-53).

Настоящая работа преимущественно ограничивается периодом до XIV века, поскольку, как будет показано далее, именно юриспруденция школы «комментаторов» (постглоссаторов) является точкой наивысшего развития понятия «jus commune», и современные ученые подходят к понятию «jus commune» преимущественно в значении, использовавшемся «комментаторами». Кроме того, в XIV веке произошли масштабные кризисные явления в социально-экономической жизни Европы, что повлекло за собой постепенную ломку традиционных догм и идей. Наша задача — исследовать понятие «jus commune» в его связи с традиционной средневековой идеологией.

Теоретическую базу исследования составляет, прежде всего, выраженная в трудах Фр. Калассо и М. Белломо и доминирующая в современной науке концепция средневекового «общего права». Кроме того, настоящая работа ориентируется на сформировавшиеся в литературе XIX-XX вв. представления о европейской ученой юриспруденции как о едином и внутренне связанном явлении, развивавшемся с конца XI века и существовавшем примерно до XVI-XVII вв. В вопросах анализа социально-экономического развития Европы в. исследуемый период автор опирался преимущественно на достижения ученых — приверженцев подхода «мир-система».

Эмпирическую базу исследования составляют, прежде всего, тексты ученой юриспруденции XI-XIV веков на латинском языке. Сюда входят глоссы к источникам «цивильного» и канонического права, комментарии к соответствующим источникам, «аппараты» и «суммы», трактаты по процессуальным и другим вопросам. Наследие средневековой юриспруденции колоссально по объему. Настоящая работа не претендует на абсолютно полное исследование этого наследия. При том, что далеко не весь круг обозначенных источников был доступен автору исследования, объем даже доступных источников не позволял проводить всестороннее исследование. Изучению

14 Bellomo М. Ор. cit. Рр. 224-232. подвергались лишь отдельные места. В большинстве случаев это были места, посвященные тому или иному понятию или институту: например, общей иерархии источников права, роли обычая и т.д. Поиск случаев употребления термина «jus commune» осуществлялся различно в зависимости от формы представления соответствующих источников. Например, «Декреталии Григория IX», доступные в электронной форме, подвергались сплошному исследованию. В поиске же этого термина, например, в трудах Бальда ди Убальди нам оказал помощь алфавитный указатель его тезисов, изданный в XVI веке.15 Многие фрагменты текстов изучались по их выдержкам в современных работах.

В незначительном объеме автором также изучались некоторые современные этим правовым текстам общефилософские и теологические труды — в целях постижения общего мировоззренческого «фона» соответствующей эпохи. В некоторой степени изучались непосредственно источники римского права — с целью обнаружения первых случаев употребления соответствующего термина, - а также несколько трудов Нового Времени — с целью ретроспективного обобщения отдельных институтов «jus commune».

Из новых и новейших работ в круг настоящего исследования входят работы: а) непосредственно посвященные понятию «jus commune», б) связанные с темой универсализма в средневековом праве, в) посвященные отдельным нормам и институтам, исследуемым в настоящей работе. Не все из использованных работ используют понятие «jus commune»; многие из них придерживаются более традиционного понятийного аппарата, напр., «рецепции римского права». Тем не менее, информацией о соответствующих текстах и первоисточниках они представляют ценность для настоящего исследования.

Постоянную проблему при исследовании феномена европейского «jus commune» представляет разнообразие языков соответствующих работ. К сожалению, это серьезно ограничило круг использованной в данной работе

15 См.: Index locupletissimus rerum omnium ас sententiarum memorabilium, quae in Baldi Ubaldi commentariis ad libros Digestorum, Codicis et Institutionum, necnon in Tractatibus de Pactis et Constituto continentur. Cum Pauli Lancelloti, Iuris Utriusque Consulti Perusini, Apología in ipsius Baldi detractores composita. Venetiis, 1577. литературы. Из современных работ были преимущественно использованы англоязычные, в меньшей степени — италоязычные, в совсем небольшой — испано- и германоязычные. Тем не менее, использованный набор литературы адекватно отражает современные представления о «jus commune».

В настоящей работе активно использовались материалы сети Интернет, в особенности, статьи и выдержки из источников, опубликованные на сайте историка канонического права К. Пеннингтона по адресу: http://faculty.cua.edu/pennington.

Методы исследования в настоящей работе характерны для гуманитарных наук. Наиболее используемым здесь является метод текстуального анализа. Основной целью такого анализа является выяснение индивидуального смысла, который хотел передать тот или иной автор. В то же время, в работе активно применяется метод синтеза: например, синтезируются общие идеи, лежавшие в основе употребляемого в текстах понятия «jus commune». Иногда' автором предпринимается попытка подвергнуть сложный текст деконструкции, вскрывая его связи с предшествующими по времени текстами.

Во многих параграфах (например, в параграфе, посвященном «Порядку процесса» - «Ordo juris», «Ordo judiciarius») активно используется системно-функциональный метод — когда предпринимается попытка1, выявить закономерность развития соответствующего института, в целях чего он сопоставляется с развитием других элементов системы общественной жизни.

Структура настоящей работы отражает поставленные перед ней задачи. Работа разбита на три главы, которые посвящены, соответственно, значению понятия «jus commune», его объективным общественным предпосылкам и его отдельным догматическим подсистемам. Первая глава анализирует значение понятия «jus commune» в источниках различного хронологического, географического и социального происхождения. В главе предпринимается попытка выяснить степень определенности и осмысленности понятия в каждом конкретном случае, а также выделить приписывавшиеся этому явлению свойства. Глава завершается параграфом о взглядах современных исследователей на средневековое понятие «jus commune», что позволяет выявить в нем существенные элементы, оставшиеся в исторической памяти.

Вторая глава обобщает особенности развития европейской материальной и духовной культуры в Средние Века, которые могли выступить предпосылками формирования в этот период представлений о «jus commune» и объяснить свойства этого феномена. Глава разбита на три параграфа, посвященных, соответственно, социально-экономическим, политическим и идеологическим (теоретическим) предпосылкам.

Третья глава посвящена анализу отдельных правовых догм и институтов, которые можно признать в качестве своеобразных подсистем системы «jus commune», поскольку они были непосредственно связаны с понятием «jus commune» и предполагали его существование. С другой стороны, эти подсистемы: учение об обычае, теория юрисдикции, понятие «Империи», учение о соотношении церковной и светской юрисдикции, институт «государя».' и «Порядок процесса», - были тесным образом связаны между собой. В работе было проанализировано пять таких подсистем, хотя на самом деле их могло быть больше.

Теоретическая значимость настоящего исследования заключается в том, что оно:

- всесторонне анализирует понятие «jus commune» в его оригинальном значении;

- позволяет представить развитие права в Европе в средневековый период как единый процесс, объединяемый общими идеями;

- позволяет лучше понять представления средневековых юристов о праве вообще, о соотношении «общего права» и «собственного права» отдельных стран и местностей, о роли обычая, о месте отдельных институтов в системе права.

Практическую значимость настоящее исследование представляет для: а) исследователей средневекового права, поскольку создает новые ориентиры в изучении как средневековой ученой юриспруденции, так и законодательства и обычного права средневековых европейских стран, б) преподавателей истории государства и права и истории политических и правовых учений, поскольку предоставляет новые возможности по систематизации учебного материала, а также обеспечивает полезными фактами об истории права в Европе и ее современных оценках.

Настоящая работа выносит на защиту следующие положения.

1. «Jus commune» («общее право») - понятие, устойчиво употреблявшееся ученой юриспруденцией примерно с XI-XII вв. Наиболее осмысленное значение ему было придано в трудах юристов школы «комментаторов» (2-я пол. XIII-XIV вв.).

2. В своей наиболее развитой форме у «комментаторов» понятие «jus commune» тесно ассоциируется одновременно с понятиями «права народов», «цивильного права Римской Империи» и канонического права Церкви, мыслимыми как единая система и противопоставляемыми «собственному праву» - «статутам» и обычаям отдельных общин и местностей. Однако, феномен «jus commune» нельзя в полной мере отождествить с каким-либо кругом источников права.

3. Ученая юриспруденция XII-XIV вв. приписывала феномену «jus commune» свойство системной целостности. Это проявлялось в том, что «jus commune» не сводилось к какому-либо собирательному набору источников и-считалось основанным на единой логике («ratio»), т.е. обладающим внутренней взаимосвязью своих элементов.16

4. Особенности социально-экономического и политического развития европейской цивилизации в исследуемый период предполагали юридизацию общественных отношений в Европе. Эта юридизация должна была протекать преимущественно на основе нормативно-ценностных структур, «теоретических» по происхождению и «внешних» по отношению к существующим общественным институтам. Это объективно создавало потребность в такой концепции, как «общее право».

5. Для теоретического правосознания периода XI-XIV вв. характерны представления о праве как о явлении, обладавшем свойствами уникальности

16 См. ст. «Система» по изд.: Новая философская энциклопедия. Т.З. М., 2010. С. 552. т.е., «несравнимости» одной системы объективного права с другой) и универсальности (т.е., способности урегулировать любой вопрос без привлечения посторонних источников). Право также считалось основанным на «стандартном» порядке отношений, что выражалось в понятии «максимы», представлении о наличии нормативного «ядра» в праве, учении об «ординарной» власти «государя» и других идеях. В конечном итоге, все правовые нормы были объединены единой целью — обеспечить разрешение конкретных споров, соответствовавшее справедливости («aequitas»). Такие представления могли способствовать существованию и функционированию теоретической системы «jus commune».

6. Анализ теоретических представлений о таких явлениях, как обычай, «Империя», юрисдикция, «государь» и «Порядок процесса», свидетельствует о связи этих явлений и понятия «jus commune», а также о взаимной связи этих явлений между собой. Включенность понятия «jus commune» в разнородные; феномены свидетельствует о его значимости в теоретическом правосознании исследуемого периода.

Апробация результатов исследования осуществлялась на кафедре истории государства и права юридического факультета .МГУ им. М.В. Ломоносова при публикации научных статей и проведении\* семинарских занятий. Наработанный материал также использовался в рамках презентации на 17-м Ежегодном международном форуме молодых историков права в (г. Маастрихт, 13-16 апреля 2011 г).

В рамках настоящего исследования были опубликованы следующие работы:

1. Котляр И.А. Понятие «jus commune» в европейской правовой традиции // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2009, №5.

2. Котляр И.А. «Jus commune» («общее право») и «генеральный обычай» против «специального обычая» и «давности» в европейском «ученом праве» в XII-XIV вв. // История государства и права. 2011, №11.

3. Котляр И.А. Государь как институт европейского средневекового jus commune // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2011, №4.

4. Kotlyar I. «lus commune» and «general custom» vs. «special custom» in European «learned law» (XII-XIV centuries) // European Traditions: Integration or Disintegration? XVIIth Annual Forum of Young Legal Historians. Maastricht, 13 -16 April, 2011.

## Заключение диссертации по теме "Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве", Котляр, Илья Андреевич

Заключение.

Настоящая работа преимущественно посвящена истории понятий и идей. Как у всякой работы об «идеальных» явлениях, ее выводы носят оттенок относительности. Они лишь открывают определенный пласт правовой культуры Средневековья, не отрицая традиционных подходов к таковой. Учитывая эти оговорки, необходимо выделить следующие положения.

1. В настоящей работе впервые предпринята попытка проанализировать употребление понятия «jus commune» во всем его многообразии в средневековых источниках. Анализ заставляет нас сделать вывод, что «jus commune», несмотря на все вариации его значения, являлось устойчивым и осмысленным юридическим понятием. С течением времени- в исследуемый исторический период оно приобретало все более определенный характер, достигнув наибольшей конкретики в трудах «комментаторов». Именно понятие «jus commune» в трудах «комментаторов» является, своего рода, «классическим», и именно на него преимущественно ориентируются современные авторы.

2. В работе предпринята попытка выделить общие свойства явления, охватывавшегося понятием «jus commune» в различных источниках. Возможно, важнейшим свойством, которое приписывалось ученой юриспруденцией этому феномену, было свойство системной целостности. Оно проявлялось в том, что «jus commune» не сводилось к какому-либо собирательному набору источников и считалось основанным на единой логике («ratio»), т.е. обладающим внутренней взаимосвязью своих элементов. Множественность описаний и определений, дававшихся понятию «jus commune» «комментаторами» и их предшественниками, так же свидетельствует в пользу существования представлений о «jus commune», как о системе, не способной к однозначному описанию.

3. Среди других свойств феномена «jus commune» можно выделить уникальность (т.е., «несравнимость» с другими системами норм), универсальность (т.е., способность урегулировать любой вопрос без привлечения посторонних источников), а также основанность на «стандартном»

197 порядке отношений. Строго говоря, ученая юриспруденция XII-XIV вв. напрямую приписывала свойства объективному праву вообще («jus»). Однако когда ученые юристы говорили о праве, они в подавляющем большинстве случаев имели в виду «общее», «обычное» право. Исследованные в работе случаи употребления понятия «jus commune» в данный период полностью разделяют эти свойства.

4. В настоящей работе представления о «jus commune» впервые были представлены как неотъемлемый элемент средневековой европейской правовой культуры, тесно связанный со становлением и развитием многих других европейских правовых традиций и институтов. Это выражено в связи понятия «jus commune» с теоретическими воззрениями юристов на право (в частности, с учением о «aequitas» и «justitia»), с господствовавшими в юридической среде ценностями (ценностями единства правопорядка, системности и отрицания произвольности в праве). Была выявлена связь понятия «jus commune» со способами деятельности юристов-теоретиков по систематизации материала (например, созданием норм-максим).

5. В то же время, на наш взгляд, о «jus commune» можно также говорить и как о своеобразной идеальной «модели» правопорядка. С точки зрения ученой юриспруденции исследуемого периода, основной функцией источников права было создание стандартных «моделей» для регулирования устойчивых общественных отношений. С этой точки зрения можно говорить о том, что все «jus commune» («общее право») представало в качестве своеобразной универсальной «модели» правопорядка в целом, пусть теоретической и несовершенной. Реальные же правопорядки, складывавшиеся в Европе в исследуемый период, могли отличаться от этой «модели». Настоящая работа посвящена, прежде всего, правовой теории и догматике, поэтому за рамки исследования выходит вопрос о том, насколько соответствовало реальной практике такое представление о роли «общего права». Однако достигнутый результат дает достаточно много информации о средневековой правовой культуре и может способствовать дальнейшим исследованиям данной необъятной темы.

6. В настоящей работе впервые была предпринята попытка сформулировать догматические основы «jus commune» как модели общеевропейского правопорядка. Были выделены институты, конструкции и другие явления, которые можно представить в качестве своеобразных подсистем «jus commune» как идеальной модели правопорядка. Эти явления, с одной стороны, отразили в себе понятие «jus commune», а с другой стороны, сами с исторической или догматической точки зрения способствовали формированию модели общеевропейского правопорядка. В частности, анализ представлений ученой юриспруденции о роли и видах обычая как источника права выявил большое значение понятия «jus commune» для понимания сущности обычая и выделения его отдельных видов - «генеральных» и «специальных» обычаев. В свою очередь, выявлено, что выделение различных видов обычая несло определенную1 функцию к «jus commune» как «модели» правопорядка, предоставляя теоретические возможности для взаимного согласования «jus commune» и реально действовавших правовых норм.

7. Теоретическое учение средневековых юристов о «юрисдикции» позволяет представить европейское политическое общество в качестве своеобразной «корпоративной» структуры: Основанным на этой структуре представляется и институт всеобщей «Империи», который обеспечивал возможность существования монистической юридической картины мира. «Юрисдикция» и «Империя» оказываются тесно связанными как непосредственно с понятием «jus commune», так и с той теоретической моделью правопорядка, которая стояла за идеей «общего права».

8. Изучение теоретических вопросов соотношения церковной и светской юрисдикции в исследуемый период демонстрирует, что и здесь преобладали монистические представления о едином «общем праве». Кроме того, обнаружена связь между этой проблемой и учением об «Империи» и «государе».

9. Институт «государя» в настоящей работе представляется в качестве одного из ключевых элементов «jus commune». «Государь», будучи «не связанным» нормами «общего права», вместе с тем считался основным его

199 гарантом», способным приспосабливать его к обстоятельствам реальной европейской правовой действительности. Различение между «ординарной» и «абсолютной» властью «государя» свидетельствует о развитии представления об «общем порядке» осуществления судопроизводства и других властных функций и возможности «коррекций» этого порядка применительно к конкретным обстоятельствам.

10. Изучение развития принципов романо-канонического процесса, обозначаемого в средневековой юриспруденции как «Порядок процесса» («Ordo juris»), свидетельствует о том, что в теории эти принципы рассматривались как средство защиты «общего порядка» осуществления «ординарной власти» от произвольных полномочий правителей любого уровня. Таким образом, «Порядок процесса» играл огромную роль в представлениях о единой системе «общего права». Более того, сами особенности развития процессуального права в ученой юриспруденции, возможно, несут на себе отпечаток различения «общего права» и партикулярных материально-правовых нор.

11. На взгляд автора настоящей работы, «jus commune» на данном этапе является вполне сформировавшимся в историко-правовой науке понятием. Его можно признать категорией, позволяющей лучше понять многие процессы и явления истории права европейского Средневековья.

## Список литературы диссертационного исследования кандидат юридических наук Котляр, Илья Андреевич, 2011 год

1. Bracton, Henry de. On the Laws and Customs of England. IS; Thorne edition. Vol. II. Cambridge, 1968.

2. Bulgari ad Digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui Commentarius et Piacentini ad eum additiones sive exceptiones. Ed. Dr. Fr. Guil. Conr. Beckhaus. Bonnae, 1856.

3. Constitutum Constantitni». Ed. H. Fuhrmann. Hannover, 1968.

4. Der Ordo Judiciarius des Eilbert von Bremen // Quellen zur Geschichte des

5. Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter. I Band. V Heft.

6. Herausgegeben von L. Wahrmund. Scientia Verlag Aalen, 1962.

7. Der Ordo Iudiciorum des Martinus de Fano // Quellen zur Geschichte des

8. Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter. I Band. VII Heft.

9. Herausgegeben von L. Wahrmund. Scientia Verlag Aalen, 1962.

10. Die Summa Libellorum des Bernardus Dorna // Quellen zur Geschichte des

11. Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter. I Band. I Heft.

12. Herausgegeben von L. Wahrmund. Scientia Verlag Aalen, 1962.

13. Dissensiones Dominorum sive Controversiae veterum iuris Romani interpretum qui Glossatores vocantur. Ed. G. Haenel Lipsiensis. Lipsiae, 1834.

14. Dn. Bartoli de Saxoferrato, Iurisconsulti clarissimi, super Institutionibus Iuris Civilis Commentaria de novo máximo labore vigilantiaque recognita. Lugduni, 1559.

15. Ordo Iudiciarius Claris. Iu. doc. D. Ioannis Andreae, in quo singulorum Iudicialium Actuum Formulae plenissime continentur. Venetiis, 1573. Peregrinus, M. Antonius. De Iuribus et Privilegiis Fisci libri septem. Augustae Taurinorum (Torino), 1589.

16. Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius. Mit einer einleitung. Herausgegeben von H. Fitting. Berlin, 1894.

17. Специальная литература. . Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. Пер. Никоновой Н.Р. и Деева H.H. М., 1998 (ориг. пуб.: «Berman H.J. Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition», Harvard University Press, 1983).

18. Карасевич П.Л. Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии. М., 1875.

19. Малова О.В. Правовой обычай как источник права. Дисс. канд. юр. наук. Екатеринбург, 2002.

20. Марей A.B. Язык права средневековой Испании: от Законов XII Таблиц до Семи Партид. М., 2008.

21. Муромцев С.А. Рецепция римского права на Западе. М., 1910.

22. Никонов С.П. Развитие защиты владения в Средневековой Европе. Харьков, 1905.

23. Покровский И. А. История римского права. СПб, 1999. Полдников Д.Ю. Договорные теории глоссаторов. М., 2008. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. Под ред. Д.В. Дождева. М., 2002.

24. Сильверстова Е.В. Lex generalis. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V-X вв. н.э. М., 2007. Ткаченко С.В. Рецепция римского права: вопросы теории и истории. Дисс. канд. юр. наук. М., 2006.

25. Brundage J.A. The Medieval Origins of the Legal Profession: Canonists,

26. Civilians and Courts. Univeristy of Chicago Press, 2008.

27. Caenegem, R.C. van. European Law in the Past and the Future: Unity and

28. Diversity over Two Millennia. Cambridge University Press, 2002.

29. Calasso Fr. Medio evo del diritto. Vol. I. Milano, 1954.

30. Canning J.P. The Political Thought of Baldus de Ubaldis. Cambridge1. University Press, 1987.

31. Carlyle A.J,, Carlyle R.W. A history of political theory in the West. Vol. I-VI. L., 1950.

32. The Catholic Encyclopedia. Vol.1. N.Y., 1907. Vol. V. N.Y., 1909. Vol. IX. N.Y., 1910 (использовалась официальная он-лайн версия: http://newadvent.org).

33. Cortese Е. Il rinascimento giuridico medievale. Roma, 1996.

34. Errera A. Arbor Actionum: genere letterario e forma di classificazione delleazioni nella dottrina dei glossatori. Bologna, 1995.

35. Pennington K. The Prince and the Law 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition. University of California Press, 1993. Piazza A. Il secolo XII: la «Renovatio» del Europa cristiana: fatti, documenti, interpretazioni. Trento, 2000.

36. Pollock F., Maitland F.W. The History of English Law Before the Time of Edward I. Cambridge, 1898.

37. Reynolds S. Fiefs and Vassals: The Medieval Evidence Reinterpreted. N.Y., 1993.

38. Schumpfer F. Manuale di storia del diritto italiano. Roma, 1895.

39. Stein P. Roman Law in European History. Cambridge University Press,2004.

40. Tierney B. Foundations of the Conciliar Theory: the Contributions of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism. Leiden, N.Y., Koln, 1998.

41. Wallerstein I. The Modern World-System. Vol. I. Capitalist agriculture and the origins of the European World-Economy in the Sixteenth century. N.Y. andL., 1974.

42. Wickham Ch. Courts and Conflict in Twelfth-Century Tuscany. Oxford University Press, 2003.

43. Wieacker F. A History of Private Law in Europe. Trans, by Tony Weir. Oxford, 1996 (ориг. пуб.: «Wieacker F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit», Deutschland, 1952).

44. Woolf C.N.S. Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Medieval Political Thought. Cambridge University Press, 1913.

45. Статьи, продолжающиеся издания, сборники, доклады. Мартинес Мартинес Ф. Когда Европа была единой. Общее право: стиль итальянский, стиль французский и кастильское приложение (Пер. Марей А.В.) И Древнее право. 2005. №2(16).

46. Barton J.L. Causa promissionis again // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Deel XXXIV. 1966.

47. Caenegem, R.C. van. Law in the Medieval World // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Deel XLIX. 1981.

48. Cairns J.W. Comparative Law, Unification and Scholarly Creation of a New lus Commune II The Northern Ireland Legal Quarterly. Vol. 32. 1981, no. 3.

49. Canning J.P. Ideas of the State in Thirteenth and Fourteenth-Century Commentators on the Roman Law // Transactions of the Royal Historical Society, Fifth Series. Vol. 33. 1983.

50. Canning J.P. Law, Sovereignty and Corporation Theory, 1300-1450 // The Cambridge History of Medieval Political Thought: c. 350 c. 1450. Ed. J.H. Burns. Cambridge University Press, 2003.

51. Clark H.C. Jus Gentium its Origin and History // Illinois Law Review. Vol. XIV. 1919, no. 4.

52. Coing H. German Pandektistik in its relationship to the former lus commune // American Journal of Comparative Law. Vol. 37. 1989. Coing H. The Roman Law as lus commune on the Continent // Law Quarterly Review. Vol. 89. 1973.

53. Conte E. Dai servi ai sudditi. La realitas dei contratti di status nel dirittocomune // Glosse, Summe, Kommentar. Osnabrueck, 1996.

54. Conte E. Declino e rilancio délia servitú. Tra teoría e pratica giuridica //

55. Melanges de l'Ecole Française de Rome. Vol. 112. Roma, 2000.

56. Córtese E. Agli albori del concetto di diritto comune in Italia (sec. XII

57. XIII) // El dret comú i Catalunya. Actes del VIII Simposi Internacional.1. Barcelona, 1998.

58. Donahue Ch. lus Commune, Canon Law and Common Law in England // Tulane Law Review. Vol. 66. 1991-1992.

59. Donahue Ch. Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: an Attempt at the probatio diabólica // Chicago Journal of International Law. Vol. 5. 2004.

60. Fauvarque-Cosson B. Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspective on an Old Couple // American Journal of Comparative Law. Vol. 49. 2001.

61. Gerber D.J. Prometheus Born: the High Middle Ages and the Relationship between Law and Economic Conduct // Saint Louis University Law Journal. Vol. 38, 1994.

62. Guzman Brito A. Ratio scripta // Ius Commune. Sonderhefte, 14. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1981.

63. Hallebeek J. The anonymous commentum ad «Sacramenta Puberum» Ms. Salzburg UB M. Ill 98 // Ius Commune. Band XXII. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1995.

64. Helmholz R.H. Origins of the Privilege Against Self-incrimination: the Role of the European Ius Commune // New York University Law Review. Vol. 65. 1990.

65. Herrmann Fr. R. The Establishment of a Rule against Hearsay in Romano-Canonical Procedure // Virginia Journal of International Law. Vol. 36. 1995.

66. Ho H.L. The Legitmacy of Medieval Proof // Journal of Law and Religion. Vol. 19. 2003-2004.

67. Kasirer N. Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos // Journal of Legal Education. Vol. 52. 2002.

68. Oakley Fr. Book Review. «Courtenay W.J. Capacity and Volition: A History of the Distinction of Absolute and Ordained Power. Bergamo, 1990» // Speculum. Vol. 68. 1993, no. 3.

69. Pennington K. Baldus de Ubaldis // Rivista internazionale di diritto comune. Vol. 8. 1997.

70. Pennington K. Due process, Community and the Prince: the Evolution of the Or do iudiciarius II Rivista internazionale di diritto comune. Vol. 9. 1998.

71. Pennington K. «Feudal Law» // Dictionary of the Middle Ages: Supplement 1. N.Y., 2004.

72. Pennington K. A Short History of Canon Law from Apostolic Times to 1917 (Статья опубликована в электронном виде по адресу: http://facultv.cua.edu/pennington/Canon20Law/ShortHistoryCanonLaw.ht щ).

73. Pennington К. Sovereignty and Rights in Medieval and Early Modern Jurisprudence: Law and Norms without a State // Rethinking the State inthe Age of Globalization: Catholic Thought and Contemporary Political -Theory. Munster, 2003.

74. Puder M.G. Beer Wars a Case Study: is the Emerging European Private Law Civil or Common or Mixed or Sui Generis? // Tulane European and Civil Law Forum. Vol. 20. 2005.

75. Radding Ch.M., Ciaralli A. The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages:manuscripts and transmission from the Sixth century to the Juristic Revival

76. Brill's Studies in Intellectual History. Vol. 147. 2007.

77. Repgen T. Ius Commune // Usus Modernus Pandectarum. Römisches

78. Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit.

79. Herausgegeben von H.-P. Haferkamp und T. Repgen. Köln, Weimar, Wien,2007.

80. Rhee, C.H. van. The Role of Exceptions in Continental Civil Procedure // Adventures of the Law. Proceedings of the Sixteenth British Legal History Conference. Ed. by P. Brand, K. Costello and W.N. Osborough. Dublin, 2005.

81. Riga P.J. The Influence of Roman Law on State Theory in the Eleventh end Twelfth Centuries: A Study of the Roman Glossators and their Influence on Modern State Theory // The American Journal of JurisprudenceT Vol. 35. 1990.

82. Schiller A.A. Custom in Classical Roman law // Virginia Law Review. Vol. XXIV. 1937-1938.

83. Schultz Fr. Bracton on Kingship // English Historical Review. Vol. 60. 1945, no. 237.

84. Thomas J.A.C. Custom and Roman law // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Deel XXXI. 1963.

85. Wilks M.J. The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages // Cambridge Studies in Medieval Life and Thought. New Series: Vol. IX. Cambridge, 1963.