

ЭТАПЫ ФОРМИРОВАНИЯ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ ДОГОВОРНОЙ ТЕОРИИ *IUS COMMUNE*

© 2012 г. Дмитрий Юрьевич Полдников¹

Краткая аннотация: в статье выделены пять этапов формирования цивилистической договорной теории (от первых комментариев глоссаторов к Дигестам до создания общей концептуальной основы договорного права), охарактеризованы основные достижения каждого этапа, выделены ключевые факторы развития договорной теории (схоластическая методология и томистская философская традиция), а также уточняется понятие рецепции римского права.

Annotation: the article presents an outline of five stages the civilian contractual doctrine in *ius commune* passed through in the XI–XVIII centuries. The author highlights the main features and development factors of each stage (including scholasticism and Thomism), and redefines the notion of the reception of Roman law.

Ключевые слова: договорная теория, *ius commune*, рецепция римского права, история цивилистики, глоссаторы, комментаторы, поздняя схоластика, естественное право, аристотелизм, томизм, моральная философия.

Keywords: contractual theory, *ius commune*, reception of Roman law, history of private law, glossators, commentators, late scholasticism, natural law, philosophy of Aristotle, thomism, moral philosophy.

В 1983 г. журнал “Советское государство и право” опубликовал статью А.И. Косарева об этапах рецепции римского права в странах Западной Европы. Автор одним из первых привлек внимание к забытому в советский период феномену заимствования древнеримского правового наследия в Средние века и Новое время, определив рецепцию как “восстановление, заимствование, отбор, переработку, усвоение... нормативного и идейно-политического содержания (римского права. – Д.П.), которое было производным, но в то же время относительно самостоятельным по отношению к конкретной классовой сущности права”². Опираясь на это марксистское понимание рецепции³, А.И. Косарев выделил два ее этапа: ранний (XII–XVI вв.), “более высокий” (XVI–XVII вв.) и буржуазный (начиная с XVIII в.). Первый этап соответствует началу изучения частей Свода гражданского права Юстиниана в средневековых университетах, второй связан с разделением научного (критического)

изучения Свода и целенаправленной модернизации его содержания для новых (буржуазных) отношений, а третий представляет собой использование римского права в национальном законодательстве стран Западной Европы.

После перехода России и других стран бывшего СССР к рыночной идеологии тема рецепции римского (частного) права не раз затрагивалась историками права, компаративистами и теоретиками права России и ближнего зарубежья в контексте возрождения частноправовой традиции. Однако ученые не пришли к общему мнению относительно сути и этапов указанного феномена. Приведем лишь две противоположные позиции наиболее известных специалистов постсоветской историко-правовой науки. Профессор ИГП РАН В.Г. Графский и профессор Одесской юридической академии Е.О. Харитонов признают рецепцию римского частного права одним из главных примеров рецепции права и понимают ее как заимствование из римского правоведения и Свода Юстиниана и адаптирование конструкций римского императорского законодательства или как “возрождение, восприятие духа, главных принципов и положений (римского права. – Д.П.) на новом витке развития цивилизации”⁴. При этом

* В данной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-00-12 в рамках программы “Научный фонд” НИУ ВШЭ в 2012–2013 гг.

¹ Доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права НИУ ВШЭ, кандидат исторических наук (E-mail: poldnikov@gmail.com).

² Косарев А.И. Этапы рецепции римского права // Сов. гос. и право. 1983. № 7. С. 123.

³ Ср. сформулированное в “Немецкой идеологии” понимание рецепции как переработки и приспособления римского права к феодальным, позднее – буржуазным условиям, основанное на повторяемости в развитии частной собственности и товарного производства (см.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Изд. 2-е. Т. 21. С. 412).

⁴ Графский В.Г. Всеобщая история права и государства. М., 2007. С. 323, 324; Харитонов Е.О. Типы рецепции римского частного права и системы частного права Европы // Материалы XII Коллоквиума романистов Центральной и Восточной Европы и Азии. Иркутск, 2009. С. 158, 159; *Его же*. Рецепция римского частного права (Теоретичні та історико-правові аспекти). Дисс. ... доктора юрид. наук. Одеса, 1997.

В.Г. Графский придерживается преобладающего в науке мнения о раннесредневековом (варварском) этапе и нескольких фазах университетского (научного) этапа рецепции в странах континентальной Европы, а Е.О. Харитонов различает византийский, западноевропейский (континентальный) и англосаксонский типы рецепции и, таким образом, обнаруживает ее элементы (“восприятие духа римского права”) не только в Западной Европе, но и в Византии и Англии.

Профессор юридического факультета МГУ В.А. Томсинов, напротив, отрицает обоснованность использования правового термина “рецепция” в отношении выделяемых в западной литературе варварского (“вульгарного”, с V в.) и университетского (“схоластического”, с XII в.) этапов распространения римского права в Западной Европе. По его мнению, рецепция всегда предполагает восприятие *чужого* правового опыта. Между тем в раннее Средневековье римское право продолжало действовать как этническое право романизованного населения бывшей Западной Римской империи, а в период “университетской рецепции” “имел место... процесс включения античных правовых текстов в духовное поле средневековой европейской культуры”. Исследователь предлагает считать каждый из “этапов” самостоятельным явлением (традицией), заслуживающим собственного наименования⁵.

О феномене распространения римского права в Западной Европе пишут и другие исследователи. Однако мы с сожалением вынуждены констатировать *отсутствие оригинальной концепции рецепции римского права и ее этапов*. В русскоязычной литературе позиция по данному вопросу определяется дореволюционными работами⁶ либо отдельными зарубежными публикациями⁷.

По нашему мнению, причина разногласий и очевидной стагнации в изучении феномена рецепции кроется в *недостаточной изученности*

конкретных первоисточников (средневековых трактатов, глоссового аппарата и др.). Споры ведутся на уровне широких обобщений и сведений, почерпнутых из отечественной дореволюционной и не самой актуальной западной литературы.

Данная статья является попыткой осмыслить существо и ход рецепции на материале первоисточников: правовых трактатов наиболее известных и значимых цивилистов *ius commune*.

Договорная теория выбрана в качестве предмета исследования, поскольку институт договора и в римском праве, и в средневековой цивилистике привлекал внимание правоведов как один из важнейших инструментов регулирования имущественных отношений в сфере частного права. Следовательно, договорные доктрины позволяют проследить уровни освоения римского права в различные исторические эпохи.

Отдельные аспекты договорной теории *ius commune* уже становились объектом изучения зарубежных⁸ и некоторых российских правоведов⁹. В то же время узким местом российской науки до сих пор остаются оторванность от первоисточников и отсутствие общего представления о процессе становления и развития общей теории договора. Это влечет непонимание и недооценку значения *ius commune* в становлении современной гражданско-правовой теории стран романо-германской правовой семьи.

⁸ Среди наиболее известных публикаций: *Birocchi I. Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'eta' moderna. 1. Il cinquecento (XVI)*. Torino, 1987; *Chevrier G. Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations. Droit savant du Moyen Âge, ancien Droit français*. Paris, 1929; *Coing H. Europäisches Privatrecht. Bd. 1. Alteres gemeines Recht (1500-1800)*. München, 1985. S. 393 ff.; *Dilcher H. Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht // ZRG RA. № 77*. 1960. S. 270-303; *Nanz K.-P. Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jh.* München, 1985. S. 31 ff.; *Reppen T. Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*. Paderborn, 1994 и др.

⁹ Если не брать общие обзорные работы по истории римского права, государства и права в Средние века, список литературы окажется кратким: *Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции*. М., 2006. С. 12-33; *Полдников Д.Ю. Договорные теории глоссаторов*. М., 2008; *Его же. Договорные теории классического ius commune (XIII-XVI вв.)*. М., 2011 (в печати). К сожалению, кругозор юристов по проблеме договорной теории *ius commune* в значительной мере продолжают определять следующие общие работы: *Иоффе О.С. Из истории цивилистической мысли: цивилистическая доктрина феодализма (Переизд. 1970 г.)*. // Избр. труды по гражданскому праву. Изд. 3-е. М., 2009. С. 45-63; *Берман Дж.* Указ. соч.

⁵ См.: *Томсинов В.А.* О сущности явления, называемого рецепцией римского права // Вестник МГУ. Сер. 11. “Право”. 1998. № 4. С. 9. *Его же.* Рецепция права // Общая теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. Акад. курс. Т. 2. М., 2011. С. 304.

⁶ См.: *Муромцев С.А.* Рецепция римского права на Западе. М., 1886; *Виноградов П.Г.* Римское право в средневековой Европе. М., 1910; *Нечаев Г.* Современное римское право // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. 30. СПб., 1900; *Сокольский В.В.* Очерк истории науки и литературы римского права в ранний период средних веков по новейшим исследованиям // Журнал Министерства народного просвещения. 1891. № 2. С. 273-325.

⁷ См.: *Берман Г.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. М., 1994; *Аннерс Э.* История европейского права / Пер. со швед. М., 1996.

Ранее мы уже обращали внимание на существенные различия договорного права в Древнем Риме и в наши дни¹⁰. Вопреки существующему стереотипу о преемственности в развитии от Рима к “третьему Риму” римское право не знало общей теории договора¹¹, основанной на консенсуальной модели договора, едином терминологическом обозначении договора¹², его обязательности¹³, договорной свободы (в части изменения готовых договорных моделей, “поименованных контрактов”) и др.

Напротив, договорное право Древнего Рима, отраженное в Дигестах и Кодексе Юстиниана, представляло собой собрание казусов по отдельным договорам; договоры обозначались несколькими терминами (контракт, пакт, соглашение); исковой защитой пользовались только определенные контракты, но не простые соглашения (D. 2.14.7.4); достижение простого согласия по существенным условиям договора влекло возникновение гражданского обязательства лишь в исключительных случаях¹⁴; система договоров сложилась по основаниям кондикционных исков¹⁵. Перечень различий можно было бы продолжить.

Как же получилось, что столь своеобразное и фрагментированное римское договорное право легло в основу современной договорной теории? По нашему мнению, ключевую роль здесь сыграли теоретические концепции представителей средневекового *ius commune*.

В широком смысле *ius commune* указывает на правовую традицию, которая охватывает: правовые источники римского, канонического и феодального права;

научный (схоластический) метод их толкования;

гlossовый аппарат (результат применения данного метода к правовым источникам);

особую научную (университетскую) среду и сословие профессиональных юристов;

общий (латинский) язык юриспруденции и христианские культурные ценности¹⁶.

В строгом смысле слова *ius commune* обозначает идеальный правопорядок, основанный на источниках римского, канонического и феодального права и дополнявший позитивное право большинства стран западного христианского мира в Средние века и Новое время¹⁷. Именно в рамках *ius commune* сформировались и получили развитие не только важные доктринальные постулаты договорной теории, но и методология и философская основа договорной теории. При этом в рамках всего *ius commune* цивилистическое направление, основанное на Своде Юстиниана, всегда отличалось самостоятельностью и значительной спецификой.

Процесс формирования **цивилистической договорной теории *ius commune***, на наш взгляд, связан с серией знаковых событий, открытий и достижений, которые могут быть сгруппированы по пяти этапам:

1) первое знакомство болонских глоссаторов с основными первоисточниками римского права и попытки осмыслить и упорядочить общие понятия посредством формирующейся научной методологии *ius commune* (XII – начало XIII в.);

2) распространение науки *ius commune* за пределы Италии и формально-логическая критика основных понятий договорной теории глоссаторов французскими правоведом (XIII в.);

3) создание наиболее последовательной схоластической договорной теории на основе источников *ius commune* итальянскими комментаторами (XVI–XV вв.);

¹⁰ См.: Полдников Д.Ю. Указ. соч. С. 79–90, 131–142.

¹¹ Вопросы заключения, действительности, толкования договора римские юристы решали применительно к конкретным контрактам, наиболее подробно – на материале стипуляции (ср.: Inst. III. 15–19).

¹² В римском праве договор – не любое правомерное соглашение об установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей (ср.: ст. 420 ГК РФ), а соглашение, дополненное определенными формальностями. См.: Inst. 3.13.2 и Gaï. 3.89: “обязательства возникают вследствие...” передачи вещи (для реальных контрактов), произнесения специальных фраз (для вербальных), составления особого документа (для литтеральных), либо начала исполнения (для “безымянных”, D. 2.14.7.2; 19.5). Кроме того, большинство договоров, порождающих исковое обязательство, именуется *контрактами*, а некоторые – *пактами*.

¹³ Средневековая латинская фраза “*pacta sunt servanda*” восходит к словам преторского эдикта “*Pacta conventa ... servabo*” (“Я буду защищать соглашения...”, D.2.14.7.7). Однако в оригинале речь шла не о прямой, а о косвенной защите (посредством экцепции) достигнутых соглашений, которые по нормам старого гражданского права не имели исковой защиты.

¹⁴ Имеются в виду четыре консенсуальных контракта: купля, наем, товарищество и поручение (Inst.3.22).

¹⁵ Косвенные подтверждения тому А. Перниси и другие романисты находят в словах Цицерона *Cic. Pro Roscio com.* 5.14.

¹⁶ В указанном значении *ius commune* рассматривается в одной из наиболее авторитетных специализированных публикаций последних лет: *Coing H. Op. cit.* S. 7–83.

¹⁷ В данном значении *ius commune* – синоним *utrumque ius*, т.е. средневекового гражданского и канонического права. См. позицию ведущего итальянского специалиста: *Bellomo M. The common legal past of Europe (1000–1800)*. N.Y., 1995. P. 74–77. В этом же значении см.: *Берман Д.* Указ. соч. С. 93 сл., 124 сл.; *Иоффе О.С.* Цивилистическая доктрина феодализма // *Иоффе О.С.* Указ. соч.; *Котляр И.А.* Понятие “*ius commune*” в европейской правовой традиции // *Вестник МГУ. Сер. 11 “Право”*. 2009. № 5. С. 89–99.

4) формулировка представителями Саламанкской школы общей концептуальной основы для договорной теории в рамках поздней (второй) схоластики (XVI в.);

5) доработка и секуляризация общей договорной теории в рамках идеологии естественного права и школы современного использования Пандект (XVII–XVIII вв.).

Рассмотрим каждый этап подробнее.

Первый этап (XII – начало XIII в.) связан с деятельностью первой в истории западноевропейской правовой науки школы болонских глоссаторов. Сама школа достаточно хорошо известна в отечественной науке, чего нельзя сказать о договорной теории глоссаторов. Поскольку болонские профессора находились в самом начале постижения Юстиниановых “книг законов” (*libri legales*), они были далеки от формулировки целостной договорной теории. Вместо этого глоссаторский аппарат XII–XIII вв. отражает процесс разработки отдельных компонентов теории: понятие контракта и пакта, их систематизация (деление, классификация), учение о договорных типах (схема квалификации соглашений).

В результате проведенного нами ранее исследования¹⁸ были выделены следующие наиболее значимые доктринальные достижения первого этапа, отличающие доктрину глоссаторов от римского права и права раннего средневековья:

возрождение интереса к договорному регулированию имущественных отношений;

начало осмысления общих понятий договорной теории – контракта и пакта – и установление между ними родо-видового соотношения (контракт как разновидность пакта);

признание соглашения общей основой всех контрактов и пактов;

разработка критериев классификации различных договоров из Свода Юстиниана по группам одетых и голых пактов с тем, чтобы объединить их в рамках единой системы;

смещение акцента с процессуальных моментов на материальное право (направление анализа от субъективного права к иску).

Перечисленные изменения стали возможны благодаря выбору Дигест Юстиниана в качестве основного объекта изучения, признания их безоговорочного авторитета (*ratio scripta*) и применения формально-логических правил (*vetus logica*) установления смысла источника и разрешения выявленных в нем противоречий.

¹⁸ См.: Полдников Д.Ю. Указ. соч. С. 90–107, 143–257.

Однако схоластический метод, который помог глоссаторам уяснить содержание источника, ограничивал их возможности по разработке целостной договорной теории. Глоссаторы не могли не признавать таких явно выраженных руководящих идей римского договорного права, как закрытый перечень поименованных контрактов, отсутствие исковой защиты у голых пактов и формальные требования для установления договорного обязательства. Именно поэтому в позициях первых цивилистов не нашло отражения правило о необходимости соблюдать все (даже неформальные) соглашения, сложившееся к XIII вв. средневековой канонистике и торговом праве¹⁹.

Таким образом, на первом этапе развития договорной доктрины *ius commune* обнаруживается крайне мало черт, сближающих ее с современной.

Второй этап ознаменован распространением правовой науки *ius commune* за пределы Северной Италии, где *communis opinio* глоссаторов становилось объектом критики. Наиболее ярким примером служит **Орлеанская юридическая школа**. Рассуждения наиболее известных ее представителей XIII в. (Ж. де Ревиньи и П. Бельпарш) о договорах гражданского права свидетельствуют о новом этапе развития договорной доктрины *ius commune*. Во-первых, сам факт известности школы указывает на значительное территориальное распространение западноевропейской юриспруденции. Орлеанская школа возникла в XIII в. благодаря исторической случайности²⁰. Однако ее бурное развитие стало возможным лишь в условиях общего возрождения правовой науки на Западе в рамках “университетской рецепции” римского права.

Во-вторых, Ревиньи и Бельпарш не следовали в фарватере *communis opinio* глоссаторов, но выступили с резкой критикой их договорной теории. Французские правоведы обратили внимание на бессодержательность понятия “голый пакт”²¹,

¹⁹ Канонисты, вслед за средневековыми теологами, расценивали любое неисполненное обещание как обман ближнего, или грех (см.: *Thomas Aquinas. Summa theologiae. II–II, qu. 110, art. 3*). В купеческой среде требование о соблюдении всех правомерных договоров подкреплялось ссылкой на “купеческую справедливость” (см.: *Goldschmidt L. Universalgeschichte des Handelsrechts. Bd. 1. Stuttgart, 1891. S. 173 ff.*).

²⁰ В 1219 г. папа Гонорий III запретил изучение римского права в парижской Сорбонне, что вынудило профессоров права и студентов-юристов переехать в расположенный неподалеку Орлеан.

²¹ Глоссаторы не сформулировали четкого определения голого пакта, а потому не смогли привести убедительных

противоречивость концепции “одеяния” договоров²² и нескольких видов договорных убытков²³.

В-третьих, их критика носила конструктивный характер. Ревиньи и Бельпарш стремились более строго применять правила формальной логики того времени. В результате они уточнили основные компоненты договорной теории глоссаторов и даже добавили в нее некоторые новые понятия. Одним из них стала “разновидность договора” (*species contractus*), с помощью которой орлеанские профессора описывали конкретное соглашение, направленное на достижение правового результата и признанное правом порядком. Иными словами, данное понятие отражало представление французских правоведов о необходимости квалифицировать соглашения с учетом итоговой общей цели сторон и ее одобрения правом порядком, тогда как глоссаторы были склонны рассматривать договоры как готовые шаблоны из Свода Юстиниана. По сути, Ревиньи и Бельпарш разработали новый функциональный подход трактовки договора, согласно которому соглашение признавалось и оценивалось в зависимости от порождаемых им правовых последствий²⁴.

В то же время орлеанские критики, несомненно, принадлежали к цивилистической традиции *ius commune*, коль скоро круг используемых ими правовых источников (Свод Юстиниана), благоволивое отношение к ним и схоластическая

примеров из Свода Юстиниана (подробнее см.: Полдников Д.Ю. Проблема “голых пактов” в доктрине классического *ius commune*) // Вестник МГУ. Сер. 11 “Право”. 2011. № 1. С. 67–79.

²² В частности, Ревиньи и Бельпарш обратили внимание, что один и тот же акт передачи вещи в одном случае порождает реальный контракт займа, а в другом – безымянный контракт мены. При этом заем возникает в результате передачи, а мена лишь становится обязательной для сторон. Только в последнем случае речь может идти об “одеянии” контракта в строгом смысле (*Révigny de Jacques. Lectura super Digesto veteri. in l. Iurisgenium ff. de pactis. fol. 130: “...я утверждаю, что пакт одевается одним единственным способом – вмешательством вещи”*).

²³ Орлеанские профессора отказывались признавать три разновидности убытков, выделенных глоссатором Ацо, утверждая, что в действительности есть только одна разновидность убытков – *interesse singulare* (*Révigny Jacques de. Ibid. fol. 357 r. col. 1: “Я считаю, что есть только один вид. Они (глоссаторы. – Д.П.) полагают, что есть общий, договорный и особенный (интерес)”*).

²⁴ Так, преимущественное внимание к функциональному значению (эффективности, *efficacia*) договора привело Ревиньи к выводу о том, что именно *efficacia* порождает наименование контракта (*nomen*), а не наоборот, как прежде полагали глоссаторы: “я же утверждаю иначе: они (контракты – Д.П.) называются поименованными, поскольку обладают правовым эффектом” (*Lectura super Digesto veteri. in l. Iurisgenium ff. de pactis. fol. 130 va*).

методология не изменились по сравнению со школой глоссаторов. Именно рамки традиции, связанность правилами древнеримского права не позволили французским правоведом XIII в. сделать заметный шаг в направлении общей договорной теории²⁵.

Третий этап связан с деятельностью широко известной в литературе школы итальянских комментаторов, или постглоссаторов, XIV–XV вв. В области договорного права доктрина комментаторов, по сути, представляет собой ответ на критику орлеанских докторов. Опора на достижения своих предшественников-глоссаторов, закрепленные в Большой глоссе Аккурсия (сер. XIII в.), учет потребностей средневековой практики и прагматическое использование философских (общенаучных) аргументов позволили комментаторам завершить формулировку договорной теории на принципах схоластического толкования текста.

Ядро договорной теории комментаторов составляли рассуждения о согласии как основе договора, порядке его достижения, основании договора (*causa*), а также пороках согласия. Следуя тексту Свода и Глоссы, даже ведущие представители школы – Бартол и Бальд (XIV в.) – не внесли сколько-нибудь заметных изменений в трактовку юридического значения согласия и лишь повторяли основные глоссаторские тезисы: соглашение порождает натуральное обязательство, а исковая защита обусловлена гражданским одеянием²⁶.

Важным вкладом комментаторов в развитие договорной теории стала четкая постановка проблемы оферты и акцепта в договорных отношениях. Данная проблема раскрывалась в ходе рас-

²⁵ Итальянские коллеги упрекали заальпийских докторов за неоправданное увлечение философскими идеями, размывающими стройность правовой аргументации. Однако в их рассуждениях о договорном праве философские аргументы практически не встречаются и, в отличие от поздних схоластов XVI в., не влияют на концептуализацию договорного права. Более того, Ревиньи и Бельпарш сами критиковали студентов, предпочитающих философию праву (подробнее см.: Полдников Д.Ю. От философии и права к философии права? (Конфликт двух правовых школ *ius commune* XIII–XIV вв.) // История государства и права. 2010. № 20. С. 44–46. Несмотря на духовное образование и сан, Ревиньи и Бельпарш поддержали также обособленность гражданского права от параллельных юрисдикций и не ссылались в своих рассуждениях на каноническое правило “*pacta sunt servanda*”.

²⁶ См.: *Bartolus. Commentaria ad D. 2.14.7.5 (Venetiis, 1526). № 14: «Пакт или голое соглашение... есть то, что остается исключительно в границах соглашения. Одетым же называется то, чему после его возникновения нечего добавляться. Это “нечто” называется одеянием»*.

смотрения таких вопросов, как необходимость согласия на договор обеих сторон, действительность передаваемого сообщения-оферты, роль представителя-посредника, вызванные отзывом оферты убытки²⁷.

Важную часть договорной теории комментаторов составило учение об основании (*causa*) договоров. Именно здесь позиции цивилистов и канонистов *ius commune* оказались наиболее близкими. Общей основой для них стали устоявшееся в средневековой науке философское деление причин на *causa efficiens* (мотив) и *causa finalis* (цель), а также схоластическая методология, обусловившая стремление правоведов объединить различные фрагменты источников в рамках логически согласованного комментария.

Используя философские идеи Аристотеля и Фомы Аквинского об иерархии причин в любой сущности, Бартол и Бальд смогли “найти” *causa finalis* во всех договорах римского права в виде компенсаторной справедливости (для возмездных) и щедрости (для безвозмездных договоров). Тем самым было положено начало процессу трансформации *causa* из требования позитивного закона в естественное условие его существования, нашедшее закрепление в договорном праве романских стран Европы²⁸.

Комментаторы немало внимания уделяли анализу пороков согласия, в особенности заблуждению. И здесь не обошлось без влияния средневековой философии. Несогласующиеся позиции римских юристов и античных философов о сущности предмета Бартол и Бальд смогли искусно (и искусственно) примирить, объясняя отступления от философского тезиса о неизменной сущности одного и того же объекта существованием разных проекций вещи (в зависимости от субъективного восприятия). Кроме того, Бальд заметно упростил предложенный поздними глоссаторами перечень заблуждений, сведя их к заблуждениям

относительно сущности и случайных характеристик предмета²⁹.

Несмотря на заметные успехи в разработке общих вопросов договорной теории итальянских комментаторов XIV в., дальнейшее развитие школы обнаруживает следы стагнации, некритического пересказа основных тезисов авторитетных профессоров, комментирования комментариев. Кризис школы, по всей видимости, связан с исчерпанием ресурсов изучения Свода Юстиниана при помощи формально-логического метода. Плодом усилий комментаторов XIV–XV вв. стала объемная и детализированная доктрина средневековой цивилистики, важнейшей части *ius commune*. Заметное место в ней занимали положения договорного права. Однако ценность детально проработанных правил для различных договоров снижалась из-за догматической установки вписать комментарии в нестройную систему “писаного разума” (Свода Юстиниана) и следовать некоторым явно устаревшим положениям античного римского правопорядка. Именно авторитет Свода не позволил средневековым цивилистам отказаться от правил, лишаящих исковой защиты неформальные соглашения и нетипичные договоры. Отсутствие единого понятия гражданско-правового договора на концептуальном уровне препятствовало развитию общей теории договора.

Четвертый этап в развитии договорной теории *ius commune*, на наш взгляд, связан с переосмыслением содержания Свода Юстиниана и средневековых комментариев к нему на основе философских и морально-теологических идей томизма и аристотелизма. Инициатором указанного процесса выступила малоизвестная ныне группа монахов-доминиканцев и иезуитов XVI в. (Витория, Сото, Суарес, Молина, Лессий и др.), тесно связанных с университетом испанского города Саламанки (**школа поздней схоластики**). Всех их объединяло стремление использовать недооцененный схоластический потенциал духовного наследия Фомы Аквинского для разработки актуальных проблем теологии, экономики, права.

До XVI в. средневековые цивилисты более полагались на текст Свода Юстиниана и неодобрительно отзывались о философствованиях на тему права. Клирики Саламанкской школы, напротив, поставили перед собой цель скорректировать до-

²⁷ Комментаторы подошли к решению проблемы акцепта отозванной оферты с точки зрения защиты интересов контрагента: договор может быть признан действительным несмотря на своевременный его отзыв оферентом, если это ставит акцептанта в невыгодное положение (*Baldus. Commentaria ad C. 4.35.15 (Venetiis, 1575). № 29*: “утверждают, что [если] согласие прекращается, то акт [акцепта оферты] не действителен. Я же отвечаю, что акт [акцепта] действителен, но не ввиду согласия, а по соображениям обмана [контрагента], поскольку ввиду обмана допускается фикция сохранения согласия”).

²⁸ Так, Бальд называет конечную цель и сущность контракта “корнем” договорного обязательства. *Baldus. Commentaria ad C. 6.44.1, № 12*: “... это конечная цель, и из этого корня произрастает обязательство”.

²⁹ См.: *Baldus. Commentaria ad D. 18.1.9, № 1*: “Заблуждение контрагента относительно сущности или вещи порочит контракт; иначе (дело обстоит), если заблуждение касается случайных характеристик или личности контрагента”.

говорную (и общеправовую) теорию, руководствуясь идеями именитого учителя церкви XIII в. Речь идет прежде всего о философской картине мира, который Фома вслед за Аристотелем (и с опорой на его трактаты) представлял принципиально познаваемым и организованным в виде иерархии сущностей. Их познание происходит благодаря абстрактной силе человеческого интеллекта и выражается в обобщении чувственного опыта посредством общих понятий (универсалий)³⁰.

Не менее важно для появления Саламанкской школы поздней схоластики внимание Фомы к этической компоненте Аристотелева учения о человеке. Человек и его действия (как часть универсума) также познаваемы. При этом основное внимание следует уделять человеческим добродетелям. Фома не просто сформулировал свое видение справедливости, щедрости, верности данному слову, но и поставил важные для договорной теории вопросы: когда, как и какое обещание следует соблюдать добродетельному человеку. Он же описал договор как разновидность целенаправленного человеческого поведения со своей иерархией целей. При этом высшими целями Аквинат признавал именно добродетели щедрости и справедливости. Развивая тему значимости целей, Фома поставил проблему обязательности обещания и указал, что все его реквизиты следует выводить из целей договора³¹.

Представители Саламанкской школы XVI в. оценили потенциал томизма для преобразования цивилистики прежде светских правоведов. Среди наиболее важных перемен, связанных с влиянием духовного наследия Аквината, отметим:

построение теорий “сверху вниз”, от универсалий к единичным явлениям;

анализ правовых институтов с учетом иерархии целей, определяющих “природу” и существенные признаки;

расширение источниковой базы цивилистики за счет идеологемы естественного права³²;

³⁰ Подробнее см.: *Реале Дж., Антисери Д.* Западная философия от истоков до наших дней. В 4-х т. Т. 2. СПб., 1997. С. 138.

³¹ В частности, анализируя институт брака, Фома сначала определил две его главные цели: рождение и воспитание детей (основная) и соединение мужчины и женщины (второстепенная). От целей зависит дефиниция брака по аристотелевскому канону – через указание ближайшего рода и существенных отличий: брак – “это соединение определенных лиц для рождения и воспитания детей и ведения совместной жизни” (STh. II–II. q. 44, a. 1).

³² Концепцию естественного права (*ius naturale*) рассматривал и Фома Аквинский, и другие теологи. Однако лишь в XVI в. *ius naturale* было предложено рассматривать в качестве высшего источника правовых норм, которые лишь частично (*sic!*) отражены в Своде Юстиниана.

преобладающая оценка юридически значимого поведения субъектов с точки зрения морали, добродетелей щедрости и справедливости.

В совокупности перечисленные выше обстоятельства предопределили существенные изменения в договорной теории поздней схоластики. В первую очередь в юридических трактатах “О справедливости и праве” очевидна четкая структура подачи материала: от предельно общих категорий справедливости и права – к конкретным вопросам договорной теории³³. Такой подход, несомненно, свидетельствует о высокой степени самостоятельности авторов Саламанкской школы XVI в. по отношению к Своду Юстиниана³⁴.

Далее, в рамках новой системы изменились содержание и акценты договорной теории. Крайне важное значение для поздних схоластов приобрел вопрос о причинах обязательности договоров. Используя достижения средневековой канонистики и томистскую концепцию естественного права, саламанкские профессора впервые в цивилистической науке постулировали обязательность по естественному праву всех соглашений (*pacta sunt servanda*), которые даны на действительном основании (*causa*) и акцептованы кредитором. Ссылаясь на этическое учение Аристотеля и Фомы Аквинского, они объявили неисполнение любого правомерного обещания нарушением справедливости. Расхождения данного принципа с текстами Свода объяснялись частичным несоответствием римского и естественного права³⁵.

³³ Переходя от права в целом к праву собственности и договорам как одному из способов его приобретения, поздние схоласты рассуждают о договоре в целом, т.е. определяют основные понятия договорной доктрины (пакт, контракт, обещание, акцепт, дарение), путем сопоставления ищут между ними различия, рассматривают основные проблемы договорных обязательств (обязательность соглашения, исковая защита, заключение, основание договора, пороки согласия) и лишь затем переходят к отдельным видам контрактов и их содержанию. Такого порядка придерживается: *Molina L. De iustitia et iure opera omnia. Venetiis, 1614. T. 2. Disp. 252.*

³⁴ Для сравнения: основные произведения глоссаторов и комментаторов, как правило, следовали изложению материала определенной части Свода, а рассмотрение того или иного вопроса было привязано к основному фрагменту Свода (*sedes materiae*). Например, титул D. 2.14 для договоров (хотя речь в нем о соглашениях) или D. 18.1.9 для учения о заблуждении во всех договорах (хотя речь здесь о контракте купли-продажи).

³⁵ В частности, Сото обосновывал тезис о неисполнении обещания как о нарушении справедливости ссылками на св. Иеронима о трех реквизитах обещания (клятвы) – истине, рассудительности и справедливости (*Soto D. De iustitia et iure libri decem. Salamanca, 1553. Lib. 8, q. 2, a. 1*), а Молина вспомнил мнение Цицерона о добросовестности как основе справедливости (*Molina L. Op. cit. Disp. 262 № 4*).

Правовое содержание основания договора (*causa*) не стало объектом пристального внимания поздних схоластов. Они превратили *causa* из внешнего обстоятельства, включенного в договор сторонами, в имманентно присущие любому соглашению добродетели компенсаторной справедливости и щедрости, истолкованные как возмездное (*causa onerosa*) и безвозмездное (*causa gratuita*) основания.

Важное значение в договорных теориях профессоров Саламанкской школы сохраняет учение о пороках согласия. Если проблему обязательности договора они анализировали с помощью этики, то принуждение, заблуждение и обман оценивались, исходя из аристотелевско-томистского учения о связи поведения с разумом и волей человека. Главная идея поздних схоластов заключалась в том, что правовые оковы обязательства следует возлагать на должника только в том случае, если он имел соответствующее намерение (волю) и осознавал все связанные с этим существенные обстоятельства. Принуждение, заблуждение и обман препятствуют нормальному процессу принятия решений, а потому ставят под вопрос справедливость принуждения должника к исполнению обещанного³⁶.

Права и обязанности сторон в договоре поздние схоласты зачастую оценивали, исходя из Аристотелевой концепции компенсаторной справедливости. Особое внимание они уделяли идее справедливой цены в договоре. Здесь правовое учение Саламанкской школы пересекалось с экономическими рассуждениями о роли государственного регулирования и о негативном влиянии монополий³⁷.

Томистская методология серьезно повлияла на классификацию договоров. Стремясь вывести все характеристики договора из основной его цели и сущности, представители Саламанкской школы создали наиболее последовательную систему договоров гражданского права, которая включала

в себя не только поименованные и безымянные контракты, но и пакты, признанные каноническим правом клятвенные обещания, а также квазиконтрактные основания возникновения обязательств³⁸.

Несмотря на важные изменения в договорной теории поздней схоластики, ее влияние на светских юристов оказалось ограниченным. В качестве вероятных причин, на наш взгляд, следует отметить следующие. Во-первых, в отличие от комментаторов, представители Саламанкской школы были клириками. Они рассматривали право как важную, но не первостепенную сферу своей научной деятельности. Их правовые теории – результат доктринального применения философских идей и методологии томизма к толкованию текстов Свода Юстиниана. Примеры влияния на законодательство или участия в решении правовых вопросов единичны.

Во-вторых, цивилистам вряд ли импонировало то обстоятельство, что договорная теория поздних схоластов несет на себе заметный отпечаток канонистики. Речь идет не только о заимствовании правил и аргументов из данной ветви *ius commune* (*pacta sunt servanda*, учение о *causa*), но и об использовании концепции договора как обещания должника. Цивилисты с момента возрождения правовой науки на Западе привыкли определять договор как соглашение двух или более лиц об одном и том же³⁹. Мнения поздних схоластов по данному вопросу разделились. Так, Л. Молина признавал обязательным обещание вне зависимости от его акцепта или сообщения контрагенту, ведь для канониста именно неисполнение обещания является грехом. Согласно данной позиции обязательство возникает в результате обещания должника, а не его акцепта кредитором⁴⁰.

В-третьих, поздние схоласты так и не сформулировали общего понятия гражданско-правового договора. В их рассуждениях сохраняется свой-

³⁶ См.: *Lessius L. De iustitia et iure, ceterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor*. Brixiae, 1696. Lib. 2, cap. 17, dub. 6 (“Действителен ли контракт, заключенный под влиянием страха”). Ср. примененное по аналогии мнение Фомы о недействительности вынужденного согласия на брак, *STh*, I–II, q. 6, a. 3: “добровольность предполагает осведомленность, так же как и волю, чтобы некто был в состоянии и судить, и желать, и действовать”.

³⁷ Стоимость имущества ставилась в зависимость не только от производственных затрат, но и от потребности в нем и доступности на рынке (подробнее см.: *Полдников Д.Ю.* Морально-философская основа концепции справедливой цены в *ius commune* // *Вестник НГУ*. 2010. № 6 (1). С. 31–36).

³⁸ См. пространные рассуждения Лессия “О том, как подразделяются контракты и пакты”: *Lessius L. Op. cit.* Lib. 2, cap. 17, dub. 3.

³⁹ На протяжении всего существования глоссаторской школы эта мысль выражалась формулой “*consentire in idem*” (см.: *Glossa “transigendique”* к D.2.14.1.2. Согласие необходимо, поскольку “более прочно то, что поддерживается двумя, чем одним” (*Odofredus D. Conditionis incertum, ff. de pactis*. *Lugduni*, 1550. n. 13)).

⁴⁰ См.: *Molina L. Op. cit.* Disp. 263: “Обещание нельзя отозвать по своему усмотрению до акцепта. Происходит ли это из его природы или из позитивного права?.. По каноническому и гражданскому праву предоставляется иск из неакцептованного, но подтвержденного присягой обещания”.

ственный для средневекового *ius commune* терминологический плюрализм (*contractus, pactum, conventio, pollicitatio, votum*). Отсутствие такого понятия нарушало стройность классификации договоров и требовало дополнительных пояснений по поводу различий составляющих ее элементов.

В-четвертых, поздние схоласты разрабатывали свои правовые теории в период Реформации – великого церковного раскола в странах Западной Европы. В XVI в. сами католики и их идеи зачастую без разбора изгонялись из стран победившего протестантизма. Между тем именно последние оказались в авангарде развития капиталистических отношений и обслуживающего их договорного регулирования в Новое время.

Пятый этап связан с целенаправленной формулировкой общей договорной теории светскими правоведами XVII–XVIII вв. и непосредственно предшествует законодательному закреплению ее основных положений в первых кодификациях гражданского права стран Нового времени.

Основными положениями цивилистической договорной теории на данном этапе следует считать:

окончательное признание принципа *pacta sunt servanda*,

формирование единого понятия гражданско-правового договора (*фр. contrat, нем. Vertrag*) и отказ от терминологического плюрализма средневекового *ius commune*;

закрепление консенсуальной модели договора в качестве основной (договор в смысле соглашения сторон, порождающего гражданско-правовое обязательство независимо от каких-либо “одеяний”);

последовательное упорядочение всех договорных моделей в рамках общей классификации.

На данном этапе средневековая традиция *ius commune* размывается под влиянием идей естественного права и концепции практической рецепции. Идеи естественного права, разделяемые в XVII в. голландцем Г. Гроцием, французом Ж. Дома, немцами Х. Томазием и С. Пуфендорфом, предполагали существование высшего над-положительного правопорядка. Последний превосходил по значимости Свод Юстиниана и служил источником аргументации в пользу обновления всей правовой теории, нередко вопреки положениям римского права и доктрине *ius commune*⁴¹.

⁴¹ О стремлении создать новую систему наглядно свидетельствует название основной работы Ж. Дома “О гражданских законах в их естественном порядке” (1689). Подразумеваемый автором порядок отличался от установленных Свода Юстиниана.

Договорная теория также выстраивается в соответствии с критериями разумности и логичности. Источники римского права используются в том случае, если совпадают с гипотетическим естественным порядком.

Ближе к средневековой традиции *ius commune* находилась германоязычная школа *usus modernus* (современного использования Пандект). Из названия школы следует, что ее представители (Везенбек, Винний, Лаутербах, Стрик, Глюк и др.) главным юридическим источником признавали Дигесты (*греч. Пандекты*) Юстиниана. Однако укрепившееся к XVII в. чувство исторической дистанции между античностью и современностью⁴², а также не соответствующая Своду Юстиниана юридическая практика Нового времени побудили немецких юристов принимать в расчет “современные обычаи” (*mores hodierni*). Ссылаясь на них, юристы объясняли, почему многие формальности римского договорного права не применяются (не рецепированы) в германских землях XVII в. (концепция практической рецепции)⁴³.

Оформление на пятом этапе целостной договорной теории в рамках континентальной юриспруденции, несомненно, связано и с идеями естественного права, рациональной философии Нового времени, и с “современными обычаями”. В то же время не стоит недооценивать вклад представителей средневекового *ius commune*, и в особенности поздней схоластической правовой мысли. До сих пор мало известно влияние договорной доктрины Саламанкской школы на правовую мысль XVII в. Проводником этого влияния стал Г. Гроций. Известный голландский правовед скорее всего был учеником профессора Лувенского университета Л. Лессия, одного из немногих поздних схоластов не испанского происхождения. Очевидно, поэтому Гроций ссылаясь на труды представителей данной школы и высоко их ценил⁴⁴. Однако у его

⁴² Открытием “истории” правоведа Западной Европы объяснены не *usus modernus*, а более ранней школе гуманистов (XVI в.). Альциат, Дюмулен, Коннан, Куяций, Готофред и др. представители данного направления впервые сделали части Свода Юстиниана объектом научной текстологической критики, нарушив средневековую традицию формально-логического толкования “писаного разума”.

⁴³ Подробнее о договорной теории Нового времени см.: Полдников Д.Ю. Основные этапы формирования современного понятия гражданско-правового договора // Цивилистические исследования. Ежегодник гражданского права / Под ред Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. Вып. III. М., 2007. С. 83–106.

⁴⁴ В оригинальной рукописи трактата “О праве войны и мира” (1625) Гроций помимо Лессия цитирует также испанских учителей Лессия – Витория, Коварувиаса, де Сото и Васкеса, причем не реже самых известных правоведов

последователей в протестантских странах, напротив, сложилось негативное отношение к поздней схоластике⁴⁵. Постепенно их имена были забыты, а авторство фундаментальных идей договорного права приписано Гроцию.

Кодификации гражданского права XVIII–XIX вв. означали не только законодательное закрепление основных положений цивилистической договорной теории пятого этапа, но и конец *ius commune*. Прежде единая правовая наука оказалась разделенной барьерами национальных законов и языков. Разумеется, это не остановило дальнейшего развития договорной теории стран романо-германской правовой семьи. Однако изучение данного процесса выходит за рамки нашей статьи.

В заключение еще раз подчеркнем, что процесс формирования цивилистической договорной теории *ius commune*, несомненно, сложен и противоречив. Однако даже предварительное изучение основных первоисточников обнаруживает несовпадение принятых этапов рецепции римского права и выделенных нами этапов рецепции римского договорного права. Достаточно условное разделение процесса развития договорной теории на стадии позволяет более отчетливо представить общее направление развития, выде-

лить главные факторы, которые к XVIII в. привели к появлению общей теории договора и ее законодательному признанию. По нашему мнению, развитие договорной теории происходило *от терминологической разрозненности к концептуальному единству; от формализованных процедур установления договорных обязательств к преобладанию консенсуальной модели; от правил для разных видов договоров к общему набору правил для всех договоров; от опоры на казусы к целенаправленной формулировке теоретических обобщений; от комментирования авторитетного источника к поиску фундаментальных основ права.*

Главными движущими силами рассматриваемого процесса следует признать схоластическую методологию, а также философские и морально-этические идеи канонической ветви *ius commune*, томизма и аристотелизма. Возникновение и развитие правовой традиции *ius commune* неразрывно связано с развитием теоретического, научного изучения правовых источников. “Онаучивание” юриспруденции определило кардинальное отличие договорной теории и, пожалуй, всей юриспруденции стран романо-германской правовой семьи как от параллельно формировавшейся судебно ориентированной системы общего права (*common law*) средневековой Англии, так и от утилитарной казуистики Древнего Рима.

Изучение этапов формирования договорной доктрины *ius commune* по материалам первоисточников позволяет уточнить понятие рецепции римского права. *Рецепция* представляла собой не прямое заимствование норм Свода Юстиниана и не усвоение мистического духа римского права, а *неосознаваемую самими средневековыми учеными формулировку правовых концепций с новым содержанием посредством схоластического изучения текстов Свода Юстиниана и в соответствии с духовной средой западноевропейского христианского мира.*

позднего Средневековья, – итальянских комментаторов Бартола и Бальда (подробнее см.: *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio. Atti a cura di P. Grossi. Milano, 1972. P. 9, 10.* Правоведов-гуманистов (Альциата и Куяция) Гроций, напротив, цитирует редко. В современных переводах трактата “О праве войны и мира” на европейские языки (в частности, на немецкий – 1950 г., на русский – пер. А.Л. Саккетти 1994 г.) ссылки на испанских правоведов отсутствуют.

⁴⁵ В частности, известный популяризатор естественного права в Европе, профессор университета г. Галле Х. Томазий называл их педантами и ловкачами испанской школы и отрицал какое-либо значение их доктрины для современности (см.: *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. P. 9.*)