

ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящая монография является итогом более чем десятилетнего исследования различных аспектов становления учения о договоре в правовой науке Западной Европы. Замысел данного исследования начал формироваться у автора при подготовке кандидатской диссертации в Институте всеобщей истории РАН в 2003—2005 гг. Затем он получил развитие в двух монографиях («Договорные теории глоссаторов» (2008), «Договорные теории классического *ius commune*» (2011), в учебном пособии («Институт договора в правовой науке Западной Европы XI—XVIII веков» (2013), в серии научных статей в ведущих российских юридических журналах. И, наконец, был обобщен в диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук (2016).

Данная книга, полагаю, продемонстрирует читателю достаточно полную картину эволюции договорных доктрин ведущих западноевропейских ученых XII—XVI вв.: от казуистических представлений об отдельных договорах до целостного абстрактного учения о договоре в частном праве. Впрочем, судить об этом отечественному научному сообществу, которому прежде всего и адресована представленная работа.

Формат настоящей книги определили практически полное отсутствие специальных исследований по указанной теме на русском языке, а также недоступность первоисточников и актуальной зарубежной литературы в российских библиотечных фондах. Изложение и анализ ключевых положений учения о договорах известных ученых-юристов XII—XVI вв., которые составляют основу всей работы, дополнены общей характеристикой доктринальных источников и методологии средневековых ученых-правоведов, а также обзором дискуссий в современной зарубежной историографии. Каждый из названных компонентов книги может представлять интерес для отечественного читателя, не избалованного научными публикациями по юриспруденции Средневековья.

Если в данной монографии автору и удалось пролить свет на все еще «темную» историю средневековых договорных доктрин, то, несомненно, благодаря разносторонней материальной, научной и моральной поддержке многих, кого не перечислить поименно в этом кратком предисловии.

Финансирование от Российского гуманитарного научного фонда (РГНФ), Научного фонда НИУ «Высшая школа экономики», Юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова, а также Научного общества имени Макса Планка (Германия), Немецкой службы академических обменов DAAD (Германия) и Программы Фулбрайта (США) открыли автору двери библиотек и архивов Института истории европейского права (Франкфурт), Института сравнительного и международного частного права (Гамбург), Института римского права Кельнского университета, Юридического факультета Университета «Ла Сапиенца»

(Рим), Гарвардской школы права (Кембридж), где удалось собрать необходимые и достаточные источники и литературу в 2007—2013 гг.

Научной путеводной нитью в бесконечном лабиринте средневековой доктринальной литературы для автора стало общение со многими известными правоведами, специализирующимися на изучении близкой проблематики в России, Западной Европе и США. Особую признательность за советы и критические замечания выражаю профессорам М. Авенариусу (Кельнский университет), Дж. Гордли (Туллейнская школа права), В. Декоку (Левенский университет), Ч. Донахью (Гарвардская школа права), В. А. Томсинову (МГУ им. М. В. Ломоносова), Р. Циммерману (Институт сравнительного и международного частного права), М. Штоляйсу (Институт истории европейского права), доценту О. Л. Лысенко (МГУ им. М. В. Ломоносова).

В течение многолетней работы над данной книгой не менее важной стала моральная поддержка коллег по кафедре теории и истории права факультета права НИУ ВШЭ, прежде всего ее заведующего проф. В. Б. Исакова и декана факультета права Е. Н. Салыгина, а также кафедры истории государства и права Юридического факультета МГУ и его научного отдела под руководством сначала проф. А. Е. Шерстобитова, затем проф. Н. В. Козловой.

Настоящая монография выходит в свет в издательстве «Проспект» благодаря содействию проректора МГЮА проф. В. Н. Синюкова. Неисчислимые опечатки и неточности из нее устранены благодаря кропотливой вычитке и корректуре рукописи сотрудниками издательства и К. Эггерт.

Заключительные слова благодарности, как и прежде, моим родителям. Их помощь выходит далеко за рамки организационной, финансовой и моральной поддержки автора данного исследования.

Д. П.

Москва, июнь 2016 г.

ВВЕДЕНИЕ

Представления ученых-юристов разных специальностей о договоре в странах романо-германской правовой семьи до сих пор в значительной мере определяются доктриной цивилистов, несмотря на значительное расширение сферы действия договора в частном и публичном праве. Это отмечают теоретики права и специалисты по отраслям публичного права (М. Н. Марченко, В. В. Иванов, Л. А. Морозова и др.)¹.

Цивилистическое учение о договоре как соглашении двух или более лиц об установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей, основанном на принципах свободы сторон, автономии их воли, обязательности договора, обстоятельно изложено в научной и учебной литературе, а также возведено в закон действующим Гражданским кодексом Российской Федерации (ст. 420, 421, 310; далее — ГК РФ)². Учение предполагает не только формулировку абстрактной концепции договора, но и выделение общих положений (общей части) договорного права, регулирующих порядок заключения договора, условия действительности договоров, правила их толкования, изменения и расторжения (гл. 27–29 ГК РФ).

Указанные положения отражают основы «классического» учения о договоре, в завершенном виде изложенного немецкими цивилистами пандектной школы XIX в. Именно они обосновали догму договора как согласованного волеизъявления сторон, расширили сферу применения этой категории: распространили ее за прежние узкие рамки обязательственного права (Ф. Савиньи)³ и обосновали ее применение «во всей области (частного) права» (Б. Виндшейд)⁴. Указанная позиция, по мнению российского цивилиста Д. О. Тузова, «полностью сохраняет свое значение и для современной (европейской. — Д. П.) юриспруденции, в том числе российской»⁵.

Однако с середины XX в. в результате «социализации» гражданского права (Ж. Карбонье), влияния англо-американского общего права, гармонизации права в рамках стран Европейского союза и других социальных факторов основные

¹ Иванов В. В. Общие вопросы теории договора. М., 2000. С. 9–10; Марченко М. Н. Источники права: учебное пособие. М., 2008. С. 267; Морозова Л. А. Договор в публичном праве: юридическая природа, особенности, классификация // Государство и право. 2009. № 1. С. 15; Договор в публичном праве: сборник научных статей. М., 2009. С. iii и сл. (со ссылками на отечественных и зарубежных публицистов).

² Здесь и далее нормативно-правовые акты Российской Федерации приводятся по СПС «КонсультантПлюс» по состоянию на 19 января 2016 г.

³ См.: Савиньи Ф. К. Система современного римского права. Т. 2. М., 2012. С. 384.

⁴ Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 6 ed. Vol. I. Frankfurt am M., 1887. P. 190.

⁵ Тузов Д. О. О традиции как вещном договоре в российском гражданском праве // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2007. № 8. С. 54–79. Тот же тезис отстаивает И. В. Бекленищева (см.: Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции: монография. М., 2006. С. 187).

положения «классической» доктрины договора все чаще подвергаются переосмыслению. Ученые разных стран ставят вопрос о реальном значении учения о договоре для действующего права (Э. Саво, В. Форе), адекватном раскрытии данного сложного юридического феномена в абстрактном понятии договора-соглашения (Б. И. Пугинский), необходимости легального определения договора и т.д.¹ Процесс «социализации» гражданского права, развитие сравнительного правоведения побуждают по-новому взглянуть на перечень, содержание и соотношение *принципов учения о договоре*². Бурный рост непоименованных договоров на практике и декодификация национального гражданского права порождают несоответствие восходящих к доктрине предписаний «общей части» договорного права и регулирования «малых договоров» (Ж. Карбонье), заставляют задуматься о совершенствовании теории договора для рекодификации положений об отдельных договорах (Р. Кабрияк, Ж. Местр)³.

Указанные вопросы цивилистического учения о договоре сохраняют значение в процессе сближения национальных доктрин и действующего договорного права стран Европейского союза. Очевидные сложности в создании общей основы договорного права различных стран Европы⁴ вновь выдвигают на первый план *научное осмысление института договора*, которое позволило бы сблизить различия национальных доктрин. Такое осмысление предполагает прочную теоретическую основу. Однако ее параметры до сих пор неясны: будет ли это широкий интегративный подход (Г. Берман, И. В. Бекленищева), или «неопандектная» школа (Р. Циммерман), или «исторически мыслящая догматика» (Э. Пикер, Н. Янсен)?⁵

Представляется, что консервативность цивилистики неизбежно делает важной частью любого подхода исследование *доктринальных истоков* учения о договоре в правовой науке стран континентальной Европы. Именно в истории скрыты ответы на вопросы:

— для чего и как возникла абстрактная концепция договора и основанное на ней учение?

— является ли модель договора-соглашения единственной альтернативой в истории европейской юриспруденции?

— известна ли континентальной правовой мысли модель договора-обещания?

¹ См.: Savaux E. La théorie générale du contrat: mythe ou réalité? Paris, 1997; Forray V. Le consensualisme dans la théorie générale du contrat. Paris, 2007; Пугинский Б. И. Гражданско-правовой договор // Вестник Московского университета. Сер. 11: Право. 2002. № 2. С. 47–56.

² См.: Wéry P. Droit des obligations. Vol. 1 (Théorie générale du contrat). Bruxelles, 2010. P. 118–142.

³ О необходимости рекодификации общей части договорного права см.: Mestre J. La théorie générale du contrat. P. 234–236. О феномене декодификации гражданского права см.: Кабрияк Р. Кодификации. М., 2006. С. 78–95.

⁴ Достаточно вспомнить о трудоемкой разработке Принципов европейского договорного права (Principles of European Contract law, PECL), Проекта Модельных правил (Draft Common Frame of Reference), выявления общей основы действующего частного права стран Европы (проект Common Core of European Private Law).

⁵ Berman H. J. Toward an integrative jurisprudence: politics, morality, history // California law review. 1988. Vol. 76. N. 4. P. 779–801; Бекленищева И. В. Указ. соч. С. 175–183; Циммерман Р. Римское право и гармонизация частного права в Европе // Древнее право. 2005. № 1 (15). С. 177–200; Jansen N. “Tief ist der Brunnen der Vergangenheit”. Funktion, Methode und Ausgangspunkt historischer Fragestellungen in der Privatrechtsdogmatik // Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte. 2005. Vol. 27. P. 202–228; Picker E. Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte // Archiv für die civilistische Praxis. 2001. Vol. 201. P. 763–859.

— какие принципы лежат в основе учения о договоре?

Над этими вопросами уже размышляли правоведы Средневековья и Нового времени, чье наследие сегодня юридическое сообщество в целом знает поверхностно и зачастую недооценивает.

Современное учение о договоре в странах романо-германской правовой семьи отражает особый обобщающий «стиль» юриспруденции¹, диктующий осмысление отдельных договоров в рамках абстрактного учения. Такое учение чуждо как древнеримской юриспруденции, так и мусульманскому и англо-американскому правоведению.

Все попытки юристов XIX в.² обнаружить в высказываниях древнеримских родоначальников юриспруденции «классические» (современные) принципы договорного права, а также абстрактную концепцию договора, якобы «затуманенную», по словам К. Канната, на полторы тысячи лет древней, средневековой и современной невежественностью³, не увенчались успехом. Напротив, обстоятельные исследования романистов XX в. со всей очевидностью раскрыли противоположную особенность римской юридической техники — ее казуистичность, предпочтение аналогии в решении правовых споров, настороженное отношение к обобщениям (*Яволен*, D. 50.17.202)⁴. Дигесты Юстиниана, охватив лишь малую часть высказываний из произведений римских юристов, по сути закрепили казуистичность «древнего права» для нового мира⁵. Указанная особенность древнеримской юриспруденции в значительной мере определила отсутствие общей концепции договора-соглашения в Своде Юстиниана VI в. (см. далее § 1 гл. 1).

В исламском мире абстрактное учение о договоре до сих пор называют слишком «западным» и слишком доктринальным явлением. Согласно преобладающему мнению исследователей, исламскому праву до сих пор неизвестна общая теория договора, хотя мусульманские правоведы (факихи) значительное внимание уделяли отдельным институтам договорного права и рассуждали о принципах шариата уже с конца XVI в. Факихи и в Средние века, и теперь комментируют отдельные виды договоров, но избегают рассуждений о договорах в целом⁶. При

¹ Об особом стиле романо-германской правовой семьи см.: *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. М., 2000. С. 99 и сл.

² Например, *Ф. Савиньи*, рассуждая о «призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции» (1814), приписывал римским юристам владение общими принципами права: «...в нашей науке всякий успех основывается на владении основными принципами, и как раз это владение является тем, что обосновывает величие римских юристов» (*Савиньи Ф. К.* Указ. соч. С. 142).

³ *Cannata C. A.* Lo splendido autunno delle due scuole // *Mélanges Schidlin*. P. 458 (цит. по: *Гьяро Т.* Comparemus! Романистика как фактор унификации европейских правовых систем // *Древнее право. Ivs antiquum*. 2005. № 15. С. 184).

⁴ О казуистике как фундаментальной черте римского права см.: *Гарсиа Гарридо М. Х.* Римское частное право. М., 2005. С. 106–109.

⁵ Между тем, по верному замечанию Д'Иполитто, авторы многих современных работ по римскому праву делают именно то, что было чуждо юристам-классикам: сводят их казуистическое право к абстрактным принципам (Д'Иполитто *Ф.* О своевременности перевода Дигест с точки зрения культуры // *Дигесты Юстиниана*. Т. 8. М., 2006. С. 46). В учебных курсах подобная модернизация облегчает усвоение студентом современного гражданского права. См.: *Римское частное право* / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского (1-е изд. М., 1948). М., 2000. С. 203.

⁶ См.: *Примак Т. К., Старостина С. А.* Договор в мусульманской политико-правовой доктрине // *Государство и право*. 2008. № 9. С. 75–76; *Rayner S. E.* The theory of contracts in Islamic Law. London, 1991. P. 86 (также со ссылками на Schacht J. An introduction to Islamic Law. Oxford, 1982 и др.);

этом моделью договоров служит не соглашение (согласованное волеизъявление), а обещание, скрепленное клятвой¹.

Английское общее право также длительное время обходилось не только без теории договора, но и без абстрактного понятия договора. Вплоть до 1870-х гг. судебные прецеденты общего права и права справедливости группировались вокруг форм исков и отражали исторический опыт практического регулирования имущественных отношений². Обращение к концепции договора и осмысление значения воли для его заключения и действительности произошло лишь во второй половине XIX в., под влиянием континентальной правовой науки³. Однако целесообразность его использования периодически оспаривается. Одни юристы «открывают» понятие договора в массе прецедентного права (К. Лэнгделл), другие объявляют о его бесполезности⁴. Кроме того, договор по-прежнему трактуется не как соглашение сторон, а как сделка (*bargain*), основанная на обещании должника, данном в обмен на нечто признанное судами встречным предоставлением (*consideration*)⁵.

Впрочем, даже в континентальной правовой науке накануне кодификаций Нового времени большинство доктринальных курсов излагали действующее право без выделения общих правил о договорах и без опоры на абстрактную концепцию договора-соглашения. Стремление к обобщениям оставалось уделом философов права (Ш. Монтескье во Франции, Х. Вольф в Германии) или неординарных правоведов-провидцев, отошедших от практической работы или занятых преподаванием (Р.-Ж. Потье, Ф. Буржон).

Chehata C. Le concept de contrat en droit musulman // *Archives de Philosophie du Droit*. 1968. Vol. 13. P. 129. Принципы договорного права не выделены в одном из наиболее известных сборников общих принципов, см.: *Сюкияйнен Л. Р.* Общие принципы мусульманского права (предисловие) // *Антология мировой правовой мысли*. Т. 1. М., 1999. С. 683. Выделение принципов договорного права — заслуга современных ученых-компаративистов. См., например: *Noor M.* Principles of Islamic Contract Law // *Journal of law and religion*, 1988. Vol. 6. N. 1. P. 115–130.

¹ Об этом см. положения книги VI о клятвах (айманах) из авторитетного правового сборника XII в. Хидоя (цит. по: *Маргинани Б.* Хидоя. Комментарии мусульманского права: в 2 ч. Ч. 1. Т. I–II / под ред. Н. Гродекова. М., 2010. С. 352–401. Анализ концепции договора-обещания см.: *Hussein H.* The promissory theory of contracts in Islamic Law // *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law online*. 2001. Vol. 8, N. 1. P. 45–72.

² Так, в обширных «Комментариях к законам Англии» (1765–1769) У. Блэкстон практически не обсуждает договоры, или соглашения (*contracts, agreements, или contract of agreement*). Известный судья и первый преподаватель общего права в Оксфордском университете рассмотрел их на нескольких страницах как один из способов приобретения вещного права по соглашению сторон (например, путем обмена), наряду с захватом, давностью, куплей-продажей и иными способами отчуждения титула. См.: *Blackstone W.* Commentaries on the Laws of England. 1st ed. Oxford, 1765–1769. Vol. 2. Ch. 30 (о приобретении титула на основании дарения и договора). P. 440–468.

³ По поводу английского общего права см.: *Simpson A. W. B.* Innovation in the 19th century Contract Law // *Law quarterly review*. 1975. Vol. 91. P. 266. По поводу английского и американского общего права см.: *Gordley J.* Jurists: a critical history. Oxford, 2013. P. 251 (с критикой взгляда П. Атия, Г. Гилмора, М. Горвица о самостоятельном изобретении концепции договора юристами XIX в.).

⁴ В 1974 г. американский правовед Г. Гилмор уже объявил о «кончине» договора как (общего?) правового понятия. По его словам, понятие «договор» в американском общем праве случайно открыл декан Гарвардской школы права К. Лэнгделл в процессе реформы юридического образования в конце XIX в. См.: *Gilmore G.* Death of Contract. Ohio, 1974.

⁵ См.: *Ulacke C.* Convergence and divergence of the English, French, and German conceptions of contract // *European review of private law*. 2008. Vol. 16 (1). P. 36 (со ссылками на литературу и судебные решения).

Таким образом, абстрактное учение о договоре в частном праве и трансформация на его основе положений об отдельных договорах в правоведении континентальной Европы, очевидно, являются не выражением универсальной закономерности в осмыслении права, но результатом длительной традиции, кропотливой работы поколений ученых-юристов континентальной Западной Европы, заслуживающей обстоятельного изучения.

Между тем вклад правоведов XII–XVI вв. в формирование учения о договоре долгое время оставался без внимания как отечественных, так и зарубежных исследователей. В российской науке предметом исследования становились общие условия развития правовой науки Западной Европы, процесса рецепции римского права, становления методов разработки положительного права (П. Г. Виноградов, С. А. Муромцев, А. Н. Стоянов). Современные ученые также не обходят стороной эту тематику, уточняют концепцию рецепции права в Западной Европе с учетом достижений современной науки (Г. В. Мальцев, А. В. Марей, В. А. Томсинов), разрабатывают вклад юристов канонического права (Е. В. Казбекова).

Тем не менее и в России, и за рубежом лишь за последние полвека становление учения о договоре до Нового времени стало предметом специальных исследований. Такой запоздалый интерес объясняется распространенным в России и за рубежом представлением о происхождении учения о договоре в частном праве не ранее XVIII в., а также недооценкой правовой науки предшествующих столетий.

Одни авторы связывают возникновение обобщающего учения о договоре со школой немецких пандектистов XIX в. и называют его «замечательным проявлением германской склонности к абстрактному мышлению»¹. Согласно сторонникам этой точки зрения, общее учение о договоре с необходимостью предполагает «синтез идеи консенсуального договора и учения о его основании, или каузе, понимаемой как правовая цель договора, или субъективная направленность соглашения на достижение правовых последствий»². Консенсуальность договора, в свою очередь, означает признание воли (или волеизъявления) контрагентов силой, творящей договор и связывающей его стороны³.

Другие ученые венчают лаврами создателей абстрактного учения о договоре философско-правовую школу естественного права XVII–XVIII вв. Именно ее сторонники якобы впервые развили полноценную теорию права⁴, в рамках которой ввели единые термин и понятие договора как совпадения воли контрагентов и сделали его единственной основой добровольно установленного обязательства в частном праве⁵.

¹ *Crome C. Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français // Le Livre du centenaire: Code civil, 1804–1904. Paris, 1904. Vol. 2. P. 591.*

² *Бекленищева И. В. Указ. соч. С. 40.*

³ О волевой трактовке договора в учениях пандектистов XIX в. см.: *Peters H.-J. Vertrag und Einigung bei den SpätPandektisten. Dissertation. Köln, 1967.*

⁴ В отношении немецкой науки см.: *Lipp M. Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts. Berlin, 1980.*

⁵ По мнению К.-П. Нанца (чью работу часто цитируют в литературе), первым понятие договора-соглашения сформулировал Христиан Томазий (ум. 1728), а соответствующий ему немецкий термин ввел Христиан Вольф (ум. 1754). См.: *Nanz K.-P. Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffes im 16. bis 18. Jh. München, 1985. P. 152–155, 164–168.*

Обе позиции связаны с недооценкой вклада ученых-правоведов XII–XVI вв. в указанный процесс. Их суждения зачастую отвергаются за якобы неспособность к рациональной критике¹, а значит, и к изобретению чего-либо качественно нового в сфере теории договорного права². Подобные суждения, подкрепленные ссылками на вторичную литературу³, встречаются не только в отечественной научной литературе последних лет. Даже признанные зарубежные специалисты, прекрасно знающие первоисточники, утверждали, что теоретики естественного права Нового времени ничего не могли почерпнуть из римско-канонических доктрин *ius commune*, поскольку в них отсутствовали общие правовые понятия, а теория права была подчинена моральной теологии⁴.

Между тем специальные исследования второй половины XX в. все яснее обнаруживают необходимость скорректировать представление о значении правовой науки Средних веков и раннего Нового времени для формирования учения о договоре. Одним из первых проблему возникновения общих положений о договорах до школы естественного права поставил в 1981 г. итальянский историк права П. Каппеллини в споре с немецким ученым М. Липпом об истоках общих положений в правовой доктрине Западной Европы. М. Липп, как и большинство исследователей его времени, связал «общую часть» с естественно-правовыми учениями XVII–XVIII вв. (не ранее Гуго Гроция), тогда как П. Каппеллини подчеркнул роль испанской второй школы XVI в. Он же отметил, что тема изучена менее, чем того заслуживает⁵.

Во второй половине 1980-х гг. обозначенная П. Каппеллини проблема получила дальнейшее развитие. Международная группа ученых при поддержке Института истории европейского права (Франкфурт) разработала проект по исследованию точек пересечения в истории континентального (романо-германского) и английского договорного права⁶. Первые результаты были опубликованы в сборнике «(На пути) к общему договорному праву» под редакцией Дж. Бартон⁷.

Во многом под влиянием данного проекта с начала 1990-х гг. зарубежным исследователям удалось добиться значительных подвижек в изучении предпосылок развития учения о договоре и общей части договорного права в правовой науке раннего Нового времени. Отмечены влияние философии аристотелизма

¹ См.: Третьяков С. В. К проблеме использования исторической аргументации... // Неволин К. А. История российских гражданских законов. М., 2005. С. 26.

² См.: Бекленищева И. В. Указ. соч. С. 30.

³ Прежде всего на англоязычную (американскую) литературу (особенно работы Г. Дж. Бермана), а также на очерки О. С. Иоффе, написанные преимущественно в учебных целях и также на основе вторичной литературы. См.: Иоффе О. С. Из истории цивилистической мысли (цивилистическая доктрина феодализма) // Сборник ученых трудов: Теоретические проблемы гражданского права. Вып. 13. Свердловск, 1970. С. 124–144 (аналогичные очерки автора посвящены юриспруденции Древнего Рима и доктрине промышленного капитализма).

⁴ См.: Wieacker F. Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts // Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag. Berlin, 1974. P. 15. Виакеру в значительной мере следует К.-П. Нанц. В своей монографии о становлении общего понятия договора от Древнего Рима до правовой науки конца XVIII в. он не усматривает ничего «существенно нового» в концепции договора до XVII в. (Nanz K.-P. Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffes im 16. bis. 18. Jh. München, 1985).

⁵ Cappellini P. Sulla formazione del moderno concetto di “dottrina generale del diritto” // Quaderni Fiorentini. 1981. № 10. P. 323–354.

⁶ Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsprojekt / eds. H. Coing, K. W. Nörr. Berlin, 1985.

⁷ См.: Towards a general law of contract. Berlin, 1990.

и томизма на общую концепцию договора¹, связь развития общего понятия договора и основания-каузы², влияние представлений о волевой основе договора на толкование его условий³, воздействие канонического права на понятие договора в учениях XVI в.⁴, развитие принципа свободы договора в связи с формированием понятия договора в XVI–XVII вв.,⁵ разграничение сферы публичного и частного права в ходе формирования правовых основ национальных государств Европы⁶, а также воздействие моральной теологии на развитие теории договора⁷.

Многие белые пятна в истории развития договорных доктрин на рубеже Средних веков и Нового времени устранены благодаря усилиям научных центров и ассоциаций. В их числе:

— Центр изучения правовой мысли Нового времени под руководством П. Гросси (Флоренция), издающий серию монографий и журнал «Флорентийские тетради» (*Quaderni Fiorentini* с 1972), где опубликовано немало статей о значении правовой и теологической мысли XIV–XVI вв.;⁸

— Институт истории европейского права Научного общества им. Макса Планка (Франкфурт), издающий журнал *Ius Commune* («История права» / *Rechtsgeschichte* с 2001)⁹, а также инициировавший в конце 1980-х гг. проект сравнительного изучения континентальной и англо-американской истории права в сфере частного права (под руководством Г. Коинга);

— Общество европейских историков права (с 2010), члены которого участвуют в издании серии «Историко-правовая библиотека» и специализированного журнала «Сравнительная история права» (*Comparative Legal History* с 2014)¹⁰.

Разумеется, все перечисленные исследования в значительной мере опираются на огромный массив научной литературы XIX–XX вв. по проблемам развития договорного права в Древнем Риме и в средневековой Западной Европе. Только перечисление имен авторов, на чьи плечи взобрались современные исследователи, заняло бы не одну страницу историографического обзора. Эти работы цитируются далее в основном тексте исследования.

¹ См.: *Gordley J.* Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford, 2006. Idem. The philosophical origins of modern contract doctrine. Oxford, 1991.

² См.: *Birocchi I.* Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. Torino, 1997. Idem. Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto. Cagliari, 1988.

³ См.: *Massironi A.* Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (sec. XIV–XVI). Milano, 2012.

⁴ См.: *Helmholz R.* Contracts and canon law // Towards a general law of contract. P. 49–66; *Duve T.* Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik // Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur / eds. O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel. Vol. 1. Köln, Weimar, Wien, 2009. P. 389–408.

⁵ См.: *Decock W.* Theologians and Contract Law: the moral transformation of the *Ius Commune* (ca. 1500–1650). Leiden, Boston, 2012.

⁶ См.: *Birocchi I.* Alla ricerca del ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna. Torino, 2002.

⁷ См.: *Decock W.* Op. cit. *Berman H. J.* Impact of the Protestant Reformations on the western legal tradition. Cambridge, Mass., 2006. *Hartung G.* Zur Genealogie des Versprechens, Ein Versuch über die begriffsgeschichtlichen und anthropologischen Voraussetzungen der modernen Vertragstheorie // Die Ordnung des Versprechens, Naturrecht — Institution — Sprechakt. München, 2005. P. 285.

⁸ Все выпуски журнала доступны по адресу: www.centropgm.unifi.it/quaderni/indici.htm.

⁹ URL: <http://www.rg-rechtsgeschichte.de/>.

¹⁰ Актуальная информация о деятельности общества доступна по адресу: www.esclh.blogspot.ru.

Переоценка значимости правовой мысли позднего Средневековья и раннего Нового времени для развития учений о договоре XVII–XVIII вв. стала возможна во многом благодаря изменению методологических установок и приемов. Отметим лишь наиболее важные из них:

— преимущественное внимание не к буквальным формулировкам первоисточников, а к скрытым базовым посылкам и установкам ученых прошлого, выход из детства чисто текстологических сопоставлений (Т. Гьяро);

— признание тесной взаимосвязи права и правовых учений до XVIII в. с религией, моралью, философией, уровнем научного знания своей эпохи, а значит, и потребности взаимодействия со специалистами из смежных областей в осмыслении исторического контекста изучаемого периода (П. Гросси, И. Бирокки, Т. Дюве, В. Декок, П. Проди);

— расширение круга первоисточников, привлекаемых для анализа правовых учений (в том числе за счет философских, морально-теологических и методологических трактатов);

— постепенный сдвиг в прошлое истоков «современного» юридического мышления и правовой доктрины (вплоть до XIV в. в работах П. Гросси);

— отказ от «тирании понятий», от видения предмета исторического исследования в черно-белом цвете (например, от принятого ранее деления ученых XVI в. на сторонников гуманизма либо средневековой методологии, на борцов с традицией и ее продолжателей; от строгого выделения этапов развития правовых явлений и т.п.);

— признание самостоятельной ценности каждого исторического периода, независимо от его «вклада» в развитие «современного» юридического мышления; обоснованные сомнения в целесообразности замалчивать выявленное своеобразие прошлого ради актуализации общей романистической основы (как упрек движению «неопандектистики» Р. Циммерманна).

В значительной мере перечисленные новации поддерживают и отечественные историки права и правовых учений, отмечающие важность цивилизационного подхода (В. Г. Графский, Н. А. Крашенинникова), правовой культуры изучаемой эпохи (В. А. Томсинов), методологического плюрализма (Д. И. Луковская).

Однако, несмотря на несомненные достижения в изучении отдельных аспектов проблемы возникновения учения о договоре, до сих пор в научной литературе отсутствует ее комплексное решение.

Целью данного исследования является комплексная реконструкция процесса формирования учения о частноправовом договоре в доктринах ведущих ученых-правоведов континентальной Западной Европы Средневековья и раннего Нового времени (XII–XVI вв.). При этом предполагается найти ответы на следующие основные вопросы:

— когда учение о договоре впервые приобретает зримые очертания в научной доктрине?

— какие правовые, религиозно-этические, философские и методологические предпосылки способствовали или препятствовали переходу от казуистической юриспруденции к целенаправленному обобщению положений об отдельных видах договоров?

— каковы периоды формирования учения о договоре?

- какую роль в каждом из периодов сыграли теоретические и методологические установки ведущей научной школы?
- в чем заключается содержание первых вариантов абстрактного учения о договоре?
- какие пробелы и противоречия оно содержит?
- какое значение для договорной доктрины имела формулировка абстрактного понятия договора?

Поставленная цель и названные вопросы определяют *предмет настоящего исследования*. Им являются доктринальные представления ведущих западноевропейских ученых-правоведов XII–XVI вв. о договоре и его признаках как правового инструмента регулирования имущественных отношений между частными лицами, а также о положениях, общих для всех или для большей части его разновидностей.

Акцент на частном праве продиктован убеждением большинства европейских юристов изучаемого периода о принадлежности договоров (контрактах, пактах, обещаниях) исключительно к сфере частного, точнее — обязательственного права. Данное убеждение соответствует пониманию контрактов и пактов римскими юристами, чьи позиции в Дигестах Юстиниана служили основным объектом толкования светских ученых-правоведов вплоть до XVI в. Научное осмысление перспектив применения договоров за пределами обязательственного и частного права в области публичного и международного права началось не ранее XIX в. (см. ссылки на авторов в начале Введения).

Хронологические рамки исследования охватывают зрелое и позднее Средневековье (XII–XV вв.), раннее Новое время (XVI в.) и определяются предметом и целью исследования. Первые значительные результаты доктринального осмысления договоров восходят к Болонской правовой школе середины XII в. (самые ранние суммы глоссаторов, составление Декрета Грациана). К концу XVI в., как показывает данное исследование, учение о договоре обретает ясное выражение в произведениях отдельных ученых-юристов Франции и Испании. При этом на протяжении всего периода правовая наука стран континентальной Западной Европы разделяет общую основу (методологию, источники, терминологию, язык), которую в историографии принято именовать римско-каноническим правом (*ius commune*).

Расширять рамки исследования за счет XVII и XVIII вв. нам представляется нецелесообразным. А. Падоа-Скьоппа обоснованно замечает, что переход от Средневековья к Новому времени в области права и правовой науки не столь выражен, как в других сферах знания, и наиболее последовательные теории средневековых (прежде всего феодальных) институтов сложились как раз в последние столетия Старого порядка (XVII–XVIII вв.)¹. Тем не менее новизна передовых правовых учений о договорах таких авторов столетия научной революции, как Г. Гроций, С. Пуфендорф, Х. Томазий, Ж. Дома, несомненно превалирует над преемственностью с учениями XVI в. и тем более средневекового *ius commune*².

¹ См.: *Padoa Schioppa A. Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna, 2007. P. 223.

² В числе наиболее значительных изменений: появление нового (светского) естественного права, в методологии — переход от схоластики к «геометрическому» стилю рассуждений, формулировка более высокого идеала, чем римское право; оценка римского права с позиции внешних критериев; развитие национальных правовых наук на основе законодательства местных суверенов, судебной практики; вытеснение латыни национальными языками в юридической литературе; введение

Кроме того, если верен тезис настоящего исследования о формировании учения о договоре к концу XVI в., то применительно к произведениям юристов XVII в. и далее правильнее говорить не о формировании, а о дальнейшем развитии учения о договоре или о формировании современного учения о договоре.

Источники исследования в целом подразделяются на три группы, по степени убывания их важности для решения поставленных задач: 1) доктринальная юридическая литература XII–XVI вв.; 2) сборники гражданских законов и церковных канонов, известные под названиями Свода гражданского права Юстиниана и Свода канонического права; 3) неюридическая литература, необходимая для реконструкции культурного контекста развития договорных доктрин XII–XVI вв. (философские, этические, богословские, логические трактаты мыслителей Античности и Средних веков).

1. *Доктринальная юридическая литература XII–XVI вв.* является главным объектом исследования, поскольку именно в ней нашли наиболее полное выражение представления ученых-юристов о договорах и обещаниях. Речь идет о доктринальных произведениях на латинском языке представителей основных правовых школ Западной Европы, написанных в XII–XVI вв. В их числе комментарии, трактаты, глоссы по гражданскому и каноническому праву глоссаторов, комментаторов, декретистов и декреталистов, правоведов-гуманистов, вторых схоластов. В работе использованы их печатные издания XV–XVII вв., изученные автором за время нескольких стажировок в библиотечных и архивных фондах Института истории европейского права научного общества им. Макса Планка (Франкфурт-на-Майне, Германия) и Гарвардской школы права (Кембридж, США).

Объем этой литературы огромен. В исследовании доктрин XII–XV вв. мы ограничились наиболее важными работами, которые в силу авторитета их авторов сами средневековые юристы (ученые и практики) признали выражением «общего мнения» (*communis opinio*) докторов права. Благодаря данному статусу эти научные произведения не только определили взгляды юридического сообщества, но и стали основой принятия решений в судах, применявших римско-каноническое право¹. Произведения такого уровня распространялись, изучались и применялись вместе с основными нормативно-правовыми памятниками *ius commune* (Сводом Юстиниана, Декретом и сборниками декреталий), а значит, в значительной степени определяли их смысл. Таким образом, основные моменты развития договорных доктрин средневековой правовой науки получили отражение в данных произведениях.

Для цивилистов (знатоков Свода гражданского права) таковыми являлись: «Золотая сумма» Ацо к Кодексу Юстиниана (2-я ред., 1208–1210), «Ординарная (Большая) глосса» Аккурсия к Своду Юстиниана (ок. 1220–1230, свыше 6000 страниц *in folio*), комментарии Бартола и Бальда к Своду Юстиниана. У канонистов (знатоков церковных канонов) общим признанием пользовались аппарат глосс Иоанна Тевтонца к Декрету Грациана (ок. 1216) в переработке Бартоломео Брешианского (после 1245), «Золотая сумма» Генриха Сузанского (1250-е гг.), Орди-

преподавания национального права; стремление откеститься от средневекового прошлого, в том числе от ссылок на комментарии того периода. Подробнее см.: *Полдников Д. Ю.* Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII вв. М., 2013. С. 245.

¹ О нормативном значении доктринальных произведений см.: *Полдников Д. Ю.* Научная доктрина *ius commune* как формальный источник права в Западной Европе в XII–XVIII веках // *Право. Журнал ВШЭ.* 2013. № 1. С. 64–80.

нарные глоссы к сборникам папских декреталий Бернарда Пармского (на *Liber Extra*, 1234–1266), Иоанна Андреа (к *Liber Extra*, начало XIV в.; к *Liber Sextus*, 1310-е гг.; к Клементинам, 1320-е гг.). Стандартным процессуальным трактатом являлось «Судебное зеркало» Дуранта (ред. 1271–1291, с дополнениями Иоанна Андреа сер. XIV в., немногим менее 1500 страниц *in folio*)¹.

Наряду с основными доктринальными произведениями римско-канонического права в работе использованы и менее известные трактаты — в той мере, в какой они позволяют дополнить картину обобщения положений об отдельных договорах и обещаниях. Дополнительные сведения о них мы приводим в тексте соответствующих глав.

Для периода раннего Нового времени основными источниками информации о формировании общего учения о договоре становятся не сборники общепризнанной доктрины, а трактаты, систематизирующие гражданское или римско-каноническое право иначе, нежели это было принято ранее у комментаторов и декреталистов. В числе таких знаковых работ — «Комментарии к гражданскому праву» французских правоведов-гуманистов Франсуа Коннана (изданы посмертно в 1553 г., затем повторно в 1557 г. с дополнениями Франсуа Отмана) и Гуго Донелла (часть комментариев по договорам издана в 1590), а также трактаты «О справедливости и праве» вторых схоластов Доминго де Сото (издан посмертно в 1564), Луиса де Молины (1593–1600), Леонарда Лессия (1605).

2. Второй по значимости блок источников данного исследования — сборники гражданских законов и церковных канонов, известные под названием Свода гражданского права Юстиниана и Свода канонического права. На их авторитете основана правовая наука римско-канонического права, доктринальная литература которой является развернутым толкованием (комментариями) их содержания.

Собрание гражданских (римских) законов, именуемое в Средние века чаще не Свод, а «законные книги» (*libri legales*), представляет собой составленную по распоряжению Юстиниана в VI в. компиляцию фрагментов из произведений римских юристов I–III вв. (Дигесты), сборника императорских конституций II–VI вв. (Кодекс), учебника римского права (Институции), а также сборника конституций Юстиниана, изданных после обнародования итоговой (второй) редакции Кодекса (Новеллы). Глоссаторы разделили всю компиляцию на пять томов: Дигесты составляли первые три тома, в четвертый том входило девять первых книг Кодекса, а пятый том включал остальные три книги Кодекса, все Институции, сборник новых конституций Юстиниана в переводе на латинский язык, а также отдельные указы средневековых императоров и сборник феодальных обычаев Северной Италии. Правоведы-гуманисты XVI в. приложили немало усилий, чтобы очистить позднеантичный сборник от средневековых наслоений и подготовить его критическое издание². Свод закреплял казуистические положения

¹ Наиболее полный обзор средневековой правовой литературы периода расцвета *ius commune* см.: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte* / ed. H. Coing. Vol. 1. München, 1973.

² Критическое издание всех частей Свода (1529–1531) подготовил Георг Галоандер (Haloander). Но первую научную публикацию данного сборника под общим названием «Свод гражданского права» осуществил Дени Годфруа в 1583 г. О составе Свода в Средние века см.: *Radding C., Ciaralli A. The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages: Manuscripts and transmission from the 6th century to the juristic revival*. Leiden, Boston, 2007. P. 36.

римского договорного права классического периода (в Дигестах) с некоторыми коррективами византийских правоведов VI в. (в Институциях, Кодексе и некоторых интерполяциях, вставках в Дигесты), а потому не мог применяться в XII–XVI вв. без адаптирующих его комментариев.

В отличие от гражданских (римских) законов, источники канонического права пополнялись на протяжении всего Средневековья и представляли собой еще более пестрое собрание. Изначально основой канонистики послужил Декрет Грациана (ок. 1140), включавший не только постановления церковных соборов (каноны в собственном смысле), но и тексты отцов Церкви и других теологов, папские послания, фрагменты из покаянных книг и иной богословской литературы. В XIII–XIV вв. их дополнили официальные сборники папских декретальных писем (декреталий) (*Liber Extra*, *Liber Sextus*, *Clementinae*, *Extravagantes Joannis XXII*, *Extravagantes communes*). В конце XVI в. Декрет и сборники декреталий были объединены под названием свода канонического права, который вплоть до вступления в силу Кодекса канонического права (1918) продолжал регулировать важнейшие вопросы жизни Католической церкви¹. Общим вопросам регулирования договорных отношений (обещаниям и соглашениям, связанным с передачей имущества) посвящена небольшая часть канонов Декрета, дюжина декреталий в двух первых официальных сборниках XIII в. Также в церковных канонах имеются положения о порядке совершения отдельных сделок с церковным имуществом. Но в целом вопросы договорного регулирования отнесены к компетенции гражданских (римских) законов в части, не противоречащей основным правилам церковных канонов.

Источники местного (партикулярного) договорного права крайне редко становились объектом комментирования правоведов *ius commune* и потому практически не учитываются в данном исследовании. Вплоть до конца XVI в. они не оказывали заметного влияния на развитие договорных доктрин светских и церковных юристов. Только правоведы раннего Нового времени стали обращаться к некоторым местным нормативным актам (французским региональным кутюмам, постановлениям кастильских кортесов и т.п.).

3. Третий блок источников составляет различная неюридическая литература, необходимая для реконструкции культурного контекста развития договорных доктрин XII–XVI вв. В работе использованы философские, этические, богословские, логические трактаты мыслителей Античности и Средних веков, которые повлияли или могли повлиять на обобщение учеными-правоведами положений об отдельных договорах и обещаниях, на переход от казуистики к целенаправленной формулировке общего учения о договоре. Прежде всего речь о различных философских, этических и логических произведениях Аристотеля («Метафизика», «Никомахова этика», произведения из «Органона»), этических и риторических сочинениях Цицерона («Об обязанностях», «О законах», «Об ораторе», «Брут»), а также средневековых теологов и философов, развивавших их идеи (Боэций, Фома Аквинский). Прочая богословская литература поздней Античности и раннего Средневековья, определившая воззрения юристов Церкви о морально-

¹ О сборниках канонов и декреталий см. серию статей Е. В. Казбековой в Православной энциклопедии, в том числе статьи: Грациан (о Декрете Грациана, т. 12, с. 302–305), Декретальное право (т. 14, с. 347–351), Каноническое право Римско-католической церкви (т. 30, с. 396–421).

религиозных основах обещаний и соглашений, рассматривается в той части, в какой включена в каноны Декрета Грациана. Для исследования доктрин вторых схоластов необходимо было обратиться к сочинениям некоторых теологов-моралистов позднего Средневековья (Жан Жерсон, Конрад Зумменхарт). Новшества методологии правоведов раннего Нового времени оцениваются с учетом наследия логических и дидактических трактатов Рудольфа Агриколы и Пьера де ля Рамэ. Прочая публицистическая и художественная литература изучаемого периода привлекалась эпизодически.

Объем доктринальной литературы и многообразие мнений правоведов Западной Европы уже к XVI в. приводило в замешательство законодателей (и судей), зарубежных юристов и самих докторов права. Первые начали в указном порядке вводить правила цитирования мнений докторов права¹, вторые диву давались, как можно разобратся во всем этом многообразии², а третьи порой честно признавали неспособность распутать хитросплетения «общего мнения» коллег³. Впрочем, современные ученые признают разнообразие правовых учений неизбежным порождением «многоаспектности права как явления социокультурной реальности»⁴. И ответом на такое разнообразие доктрины должен стать продуманный *методологический подход* и *конкретные приемы исследования*.

По нашему мнению, изучение правовых учений XII–XVI вв. предполагает признание самостоятельности развития духовной культуры и ее своеобразия в регионе Западной Европы. Первая посылка основывается на исследованиях историков-медиевистов и историков права, которые указывают на значительную самостоятельность «ментальных структур» в средневековом западноевропейском обществе от «экономического базиса»⁵, в том числе и в области правовых категорий и учений⁶. Действительно, даже если экономические отношения и определяют развитие правовых категорий «в конечном счете» (Ф. Энгельс), влияние это опосредованное, и материальный импульс может привести к самым разным доктринальным выводам и решениям. В частности, оживление торговли и спрос на юридическое признание новых видов сделок могли привести и к возникно-

¹ По поводу законов о цитировании см.: *Полдников Д. Ю.* Научная доктрина *ius commune* как формальный источник права в Западной Европе в XII–XVIII веках. С. 73–74.

² Английский судья Э. Кок в предисловии к «Институциям законов Англии» сравнивал континентальную доктрину с бушующим морем, в котором сложно не сбиться с курса. См.: *Coke E.* The second part of the Institutes of the Laws of England. London, 1642 (Proemium in fine).

³ Например, известный итальянский правовед Язон дель Майно (1435–1519) после долгого изложения темы правового основания (каузы) договоров признался, что четкой подлинной доктрины сформулировать не может [Comm. de conduct. causa data causa non secuta l. si pecuniam, (D. 12.4.5) п. 18]. Цит. по: *Calasso F.* Il negozio giuridico: lezioni di storia del diritto italiano. Milano, 1959. P. 286 (там же подобные замечания других комментаторов).

⁴ *Луковская Д. И.* Предмет и методология истории политических и правовых учений // Правоведение. 2007. № 3. С. 206.

⁵ *Гуревич А. Я.* Категории средневековой культуры. М., 1984. С. 334. Автор сделал данный вывод на материале Северной Европы, но, как показывают другие исследования, он сохраняет значение и для южноевропейского региона.

⁶ Например, американский историк права и компаративист Дж. Гордли убедительно демонстрирует, что объяснить историческое развитие представлений западных юристов об основных институтах частного права можно, не рассматривая общество как единое целое, в котором каждый элемент объясним только во взаимосвязи с другими. См.: *Gordley J.* The jurists: a critical history. Oxford, 2013. P. 309.

вению особых торговых обычаев, и к умножению исключений из «неудобного» правила гражданских законов об отсутствии исковой защиты нетипичных соглашений, и к формированию концепции договора, охватывающей «старые» и «новые» сделки, соответствующие определенным критериям.

Вторая посылка предполагает изучение специфики развития правовых доктрин того или иного региона с учетом тесного взаимодействия права, религии и этики. Подобная взаимосвязь свойственна большинству традиционных (доиндустриальных) обществ¹, прежде чем позитивисты провозгласят об отстраненности юриспруденции от вопросов политики, экономики, религии и морали. Однако в конкретно-исторических условиях Западной Европы XII–XVI вв. речь шла о взаимодействии вполне определенных компонентов соционормативной культуры: римского права Свода Юстиниана, западного христианства и церковных канонов Декрета Грациана, а также античного этико-философского наследия. Оригинальное сочетание античной и иудео-христианской культурных традиций, не раз отмеченное в научной литературе, породило своеобразную цивилизацию Средневекового Запада² и ее особую традицию права³. Изучение данного своеобразия, определявшего условия развития правовых учений, несомненно, предполагает обращение к исследованиям смежных с юриспруденцией наук (прежде всего медиевистики, социальной и интеллектуальной истории).

Учет своеобразия юридической науки Средневековья и раннего Нового времени открывает возможности по раскрытию «собственной логики» ее правовых учений, гораздо более сложной для понимания современного ученого, нежели «логика» права (и правоведов) Нового времени⁴. В ее основе лежит *схоластический подход* к анализу авторитетных текстов (римских законов и церковных канонов), который в целом представляет собой баланс между непререкаемым авторитетом текста и рациональными (формально-логическими) приемами его толкования.

В числе прочих важных особенностей (о которых речь пойдет далее): определяющее значение выбора ключевого фрагмента для развития доктрины того или иного института (*sedes materiae*), с которым сопоставляются так называемые параллельные фрагменты; особый образный язык пояснения правил законов и канонов (благодаря которому юристы рассуждают о «голых» и «одетых» пактах, о рождении дополнительного соглашения и др.); своеобразии терминологии, допускающей порой несколько разных слов для обозначения одного и того же понятия, не предполагающей четкого различия между термином и понятием⁵;

¹ Об этом не раз писал Г. В. Мальцев. См., в частности: Нравственные основания права. М., 2008. С. 29 сл., 450 сл.

² В смысле, который придал этому понятию Ле Гофф, см.: Цивилизация средневекового Запада / пер. с фр. и общ. ред. Ю. Л. Бессмертного. М., 1992.

³ Это отмечают юристы: Мальцев Г. В. Культурные традиции права. М., 2013. С. 296 сл. Также см.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994, и историков-медиевистов: Prodi P. Storia della giustizia. Bologna, 2000. P. 21–33.

⁴ См.: Сказкин С. Д. Февдист Эрве и его учение о цензиве // Избранные труды по истории. М., 1973. С. 297–315 (в отношении сложности феодального права в сравнении с буржуазным, основанным на «упрощенной логике вездесущего денежного эквивалента»).

⁵ Средневековые канонисты унаследовали проблему «размытой» терминологии из морально-религиозных текстов Декрета Грациана, а цивилисты — из Свода Юстиниана, в котором, по признанию романистов, «ядро любого юридического понятия окружено множеством вариантов, не имевших терминологического значения» (Ваке А. Переводить Дигесты // Дигесты Юстиниана. Т. 8. М., 2006. С. 38).

придание особого смысла этимологии слова и делению понятия на виды и разновидности («пирамида понятий» как выражение доктрины правового института).

К своеобразию «внутренней логики» средневековой доктрины римско-канонического права следует добавить особенности формы ее выражения. По замечанию специалистов, средневековая юридическая литература представляет собой раскрытие смысла авторитетных текстов и основывается на способах их преподавания на юридических факультетах. Основные доктринальные произведения представляют собой справочный аппарат («гlossa») к толкуемому источнику, или суммарное (сжатое) изложение его содержания («сумма»), или развитие основных положений доктрины в пространных комментариях, характерных для позднего Средневековья. Глоссы на глоссы и комментарии на комментарии отражали сложное переплетение преемственности и новаций в доктрине. С одной стороны, вплоть до XVI в. правоведы римско-канонического права осуждали смелые трактовки правовых понятий, не основанные на текстах свода Юстиниана или церковных канонах и декретах. С другой, по словам глоссатора Ацо (начало XIII в.), «никто не обязан клясться за (истинность) слов учителя»¹, и доктора права не раз выступали с критикой своих коллег и предшественников, мнение которых им «не нравилось», казалось противоречивым, противным «здравому смыслу» и не могло быть «спасено» никакими схоластическими приемами.

Многообразие мнений правоведов XII–XVI вв. расцвело пышным цветом на благодатной почве разноречивых законов свода и канонов Декрета благодаря постепенно обретаемой свободе их толкования. В результате на «слои текста» Дигест Юстиниана наслаивались «слои доктрины» разных поколений правоведов, которые то критиковали предшественников, то «спасали» их доктрины новым толкованием, но в любом случае крайне редко претендовали на лавры новаторов и изобретателей новых концепций или понятий, не подкрепленных тем или иным авторитетом (Сводом Юстиниана, канонами Декрета, римским правом классического периода, естественным правом, частично отраженным в позитивном). Средневековый ученый, по словам У. Эко, постоянно делает вид, что он ничего не изобрел, а лишь повторил мнение авторитетного предшественника².

Сказанное о средневековых правоведах в немалой степени относится к ученым раннего Нового времени. Они ставят перед собой новые цели и задачи (упорядочить договорное право подобно искусству, объяснить все его положения общими принципами), опираясь на достижения гуманистической науки XV–XVI вв., нередко видят дальше своих средневековых коллег, отвергают их ошибочные толкования источников и даже критикуют «скорее тонкие, нежели полезные» казуистические правила свода Юстиниана. Но в то же время их правовые учения отражают явные следы преемственности со средневековым *ius commune*. Они тоже равняются на авторитет (права классической Античности или принципов Священного Писания), пользуются в основном теми же текстами источников и пишут к ним комментарии, прекрасно знают средневековые доктрины и разделяют с ними юридическую терминологию и (латинский) язык.

¹ Azo. Summa Codicis. 1564, fol. 8. Аналогичного мнения придерживался Аккурсий (Glossa ad C. 1.14.1).

² См.: Эко У. Средние века уже начались // Иностранная литература. 1994. № 4. С. 264–265.

Следовательно, адекватное понимание положений договорной доктрины раннего Нового времени с необходимостью предполагает знание ее глубокой средневековой «генеалогии». Наряду с привычными методами грамматического и системно-логического анализа текстов оно требует от исследователя выявления оригинальной «логики» правоведов прошлого, обусловленной переплетением римского права, западного христианства и античной философии в том меняющемся значении, которое им придавали интеллектуалы (теологи-моралисты, философы, правоведы) Западной Европы на протяжении Средних веков и раннего Нового времени¹.

Структуру данной работы определила необходимость раскрыть указанную «генеалогия» учений о договоре. Мы отдали предпочтение хронологическому порядку глав — от предпосылок возникновения средневековых доктрин об отдельных пактах, контрактах и обещаниях в корпусе правовых, религиозных и философских источников поздней Античности и раннего Средневековья к формулировке учения о договоре правоведом раннего Нового времени.

В качестве основы возникновения средневековых договорных доктрин в гл. 1 исследованы представления древнеримских и византийских правоведов о пактах и контрактах, отраженные в «древнем» и «новом праве» Свода гражданского права Юстиниана (§ 1), религиозно-этические принципы регулирования обещаний и соглашений в Библии и церковных канонах, включенных в Декрет Грациана (§ 2), а также оценка этической основы отношений добровольной передачи имущественных благ и методологические подходы к их исследованию в произведениях Аристотеля и Цицерона, и их переосмысление в XIII в. Фомой Аквинским (§ 3).

В последующих главах работы прослеживаются тенденции к обобщению положений об отдельных пактах, контрактах и соглашениях в доктринах ведущих светских и церковных правоведов XII–XVI вв. Главы в целом соответствуют этапам развития договорных доктрин основными научными школами изучаемого периода. Глава 2 посвящена начальному этапу осмысления положений о пактах, контрактах и обещаниях в Своде Юстиниана и Декрете Грациана глоссаторами и декретистами. Глава 3 представляет этап зрелой науки римско-канонического права, в рамках которой комментаторы Свода Юстиниана и толкователи церковных канонов и папских декреталий (декреталисты) обобщают положения о договорах в своих авторитетных источниках. Наконец, в гл. 4 исследуется этап целенаправленной формулировки учения о договоре в произведениях некоторых правоведов XVI в. на основе достижений юридической науки данного периода.

Результаты изучения договорных доктрин ученых-юристов XII–XVI вв. представлены в схожем порядке. Каждая глава открывается параграфом с характеристикой правовой науки и условий развития договорных доктрин рассматриваемого периода. Следующие параграфы главы раскрывают представления о пактах, контрактах и обещаниях ведущих правоведов основных научных школ этого же периода. Анализируя их, мы по возможности придерживались оригинального порядка изложения доктрин в юридических трактатах, поскольку, на наш взгляд,

¹ Сложность формирования правовых доктрин позднего Средневековья и раннего Нового времени не раз отмечали известные ученые. См., например: *Villey M. La formation de la pensée juridique moderne*. 2 ed. Paris, 2013. Французский ученый начал свой учебный курс об основах правовой мысли Нового времени с христианского осмысления греко-римских философов.

данный порядок сам по себе указывает на постепенное обобщение положений об отдельных видах договоров и складывание общей части договорного права. Принятая нами последовательность изучения договорных доктрин предполагает характеристику нормативной основы учений, выявление основных понятий, обозначающих имущественные сделки и их соотношение друг с другом, рассмотрение критериев классификации договоров, оснований их обязательности, правового основания (каузы), условий действительности, а также содержания договоров. Основные итоги исследования подведены в заключении.